

Digitized by Google



- ARA 2187

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HUGONIS
DONELLI
OPERA OMNIA.

Digitized by Google

Digitized by Google

HUGONIS
DONELLI
JURISCONSULTI
ET
ANTECESSORIS
OPERA OMNIA.
COMMENTARIORUM
DE JURE CIVILI



Tomus Secundus

CUM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI.

Accedunt Summaria, & Castigationes Theologicæ.







ROMAE MDCCCXXVIII.
TYPIS JOSEPHI SALVIUCCI.

SUMPTIBUS EDITORUM
Superiorum Permissu.

Digitized by Google

Digitized by Google

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in his Libris pertractantur.

LIB. VI.

LIB. VII.

Lib. VIII.

Digitized by Google

Lib. IX.

HUGO-

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIORUM

DE JURE CIVILI

LIBER SEXTUS.

De acquisitione juris civilis, quæ per universitatem contingit. Quæ quia contingit maxime per hereditatem; & hæc præcipue defertur testamento: hinc præcipua, & in hac specie prima tractatio de testamentariis hereditatibus. Unde initium de testamentis, deque heredum institutionibus, & substitutionibus, quæ tria potissimum hic liber complexus est.

CAPUT I.

Acquisitionem juris civilis, quæ per universitatem contingit, positam esse in successione universi juris cujusque. Hoc modo succedi & viventi, quod fit per *Arrogationem*, aut *Monasterii ingressum*, atque hæc quatenus: & mortuo, atque hoc solum per *hereditatem*, etsi hæc acquiritur varie, alias *recta*, alias per *bonorum possessionem*, alias per *addictionem bonorum* libertatum conservandarum caussa.

Rerum nexus, & Auctoris propositum, ejusque ratio. I.
Quid universitas rerum, quid per universitatem acquirere. II.
In universum jus alterius succedimus vel eo vivo, vel mortuo. III.
Eo vivente per arrogationem, et ingressum Monasterii. IV.
Arrogatione quatenus pater adoptivus succedat in bona Arrogati, & quare. V.
Monachus nihil proprium habere potest. Omnia ejus bona monasterio acquiruntur. Quid, si liberos habeat. VI.
In universum jus defuncti succedimus hereditate. Hujus acquirendæ modos esse bonorum possessionem, & bonorum addictionem libertatum conservandarum caussa. VII.

1. Dixi superiore Libro, quibus modis res singulæ corporales nobis acquirantur jure civili. Sequitur, videamus, quibus modis acquirantur per universitatem, quod erat alterum genus a nobis propositum, quo res jure civili acquirantur, ut sunt genera hæc distincta in §. *ult. Inst. per quas pers. nob. acq.* Sic tamen nunc de hoc posteriore genere dicetur: ut huic adjungatur una species ex superiore, quam argumenti conjunctio non patitur ab hoc loco separari. Ea est species, in qua de legatis, & fideicommissis agitur, modis quidem rerum acquirendarum iis, quibus res singulæ acquirantur: sed tamen ejusmodi, qui & originem, & vim omnem, atque exitum cum hoc loco com-

communem habeant. Agitur enim maxime in hac parte de hereditate obtinenda, ex qua potissimum acquisitio per universitatem contingit; ac propter hereditatem agitur de testamentis, omnique suprema voluntate, quibus hereditates recte deferuntur. Atqui legata, & fideicommissa non solum communem cum hereditate successionem habent in bona defuncti: sed etiam ex eadem voluntate sunt; ejusdemque voluntatis pars cum sint: iisdem præceptis, & regulis juris continentur, ut ex his pariter aut consistant, aut cadant. Facit igitur hæc conjunctio, & caussa, atque origo harum rerum communis, ut post hereditates testamentarias cognitas cogamur per consequentiam etiam de hoc genere acquisitionis rerum singularum in hac parte dicere, scilicet ut res tota testamentaria eodem loco explicetur, quam scimus, in bonis distribuendis, his rebus constare, hereditate deferenda, tum legatis, & fideicommissis. Et ad hunc quoque modum istarum rerum tractationem conjunctam videmus in *Pandectis*, *Codice*, *& Institutionibus*. Sed de ea acquisitione, quæ per universitatem est, & de qua institutus est sermo, prius cognoscamus.

II. Universitatem [1] hic vocamus juris alieni universi comprehensionem, seu jus universum alterius, non res separatas, & singulas. Qualem universitatem esse dicit Ulpianus hereditatem, & bona, seu patrimonium cujusque in *L.* 3. *in pr. D. de bonor. possess.* qualis est denique universitas alieni juris, quæ obtingit per hereditatem, & bonorum possessionem, itemque arrogationem, & addictionem bonorum, species huic generi subjectas in *d.* §. *ult. per quas pers.* Per universitatem hujus juris res nobis acquiri dicuntur, cum jus ipsum alterius semel, & universim sine alia rerum designatione ad nos transit. Id autem fit, dum in id jus universum succedimus; &, ut de bonorum possessione Ulpianus loquitur, fit per universitatis successionem, que succeditur in jus alterius, suscipiturque ejus rei commodum, & incommodum. *d. L.* 3. *in pr. de bon. poss.* Nec vero aliter universitatis hujus acquisitio est, quam per universi juris successionem, ut superiores illæ species hujus generis declarant, quibus dicuntur apud Justinianum hoc modo res acquiri. *d.* §. *ult. per quas pers.*

III. Successio, qua in jus universum alterius succeditur, duplex est. Aut enim viventi hoc modo succeditur, aut mortuo.

IV. Viventis in bona succeditur duobus [2] modis; arrogatione, & ex constitutionibus Justiniani, monasterii ingressu.

V. Arrogatione succedit arrogator in bona universa arrogati. §. *ult. Inst. per quas pers. Inst. de acq. per arrog.* Hanc successionem efficit potestas jure constituta in arrogatum, cujus hæc vis est olim jure civili: ut filiusfamilias nihil suum habere possit; sed, quidquid acquirit, aut quæsitum habet, id totum acquirat patri, cujus in potestate est. §. 1. *Inst. per quas pers.* Non mirum, hoc statui de bonis, cum & persona ipsa tota sit in potestate patris, ut suo loco diximus. Unde dictum a Papiniano, eum, qui se dat arrogandum, cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam, nempe arrogatoris patris, transferre. *L. pen.* §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* Sed meminerimus, nihil hic amplius tribui arrogatori, quam legitimo, & naturali patri. Est enim arrogatio imago naturæ. *L. filio*, *D. de lib. & post.* §. *minorem*, *Inst. de adopt.* Neque enim arrogatus natura filius est: sed, quasi sit, ita habetur. Alioqui justis nuptiis veri filii patri fiunt. Absurdum sit autem, plus esse in imagine, quam in re ipsa, & veritate naturæ. Quapropter, ut filii, qui ex justis nuptiis procreati sunt, quamvis sint in potestate patris, non tamen ei indistincte omnia acquirunt ex constitutionibus, sed pro ea distinctione, quæ traditur in §. 1. *Inst. per quas pers.* ita par est, nec bona arrogati ad arrogatorem transire, aut deinceps ei acquiri, nisi juxta eamdem distinctionem. Sed & mortuo filio arrogato, in bona ejus, quatenus patri quæ-

1) Vult. *in pr. I. de test. n.* 5. Cum dicimus acquiri universitatem, non spectamus res ipsas (nam & donatione, ac usucapione res universales; successione singulares acquiruntur): sed jus acquisitionis, quod illic singulare, hic universale. Illic res universales considerantur, ut singulares, hic contra. Hinc in *d.* §. *ult. I. per quas pers.* non dicitur acquiri universitas, sed per universitatem: ubi *per* significat jus, seu titulum, non rerum qualitatem, aut quantitatem. Aliud est universaliter acquiri, & titulo universali. Nam & hereditas vendita, titulo singulari acquiritur Alex. Picenard. *ad Rub. I de testam.* De septem speciebus acquisitionis per universitatem vid. Cont. 1. *Disp.* 12.

2) Cai. 2. *Inst.* 2. §. 1. Olim &, in manum conventionem fuisse successionem universalem, & per eam omnia, quæ mulieris fuerant, viri facta dotis nomine, ex Cic. *in Top.* probat Cont. 1. *Disput.* 12. ideoque in *d.* §. 1. apud Caium pro *emptione*, reponit *coemptione*. Verum puto, Caium intellexisse per *emptionem*, successionem per bonorum venditiones, quam, *emptionem bonorum* vocat Justin. *Tit.* 1. *de success. sublat. quæ fieb. per bon. vend.* de qua vid. idem Cont. 2 *Subsec. Lect.* 18. *n.* 6. Wesemb. 1. Mem. & Cuiac. ad *L.* 57. *de V. S.*

quæsita non sunt, eamdem filiorum, & cognatorum ejus successionem esse, oportet. Quod totum quale sit, explicatur in *d. Tit. de acq. per arrog. in pr.* & §. *ult.*

VI. De ingressu [3] monasterii sic cavit Justinianus *Novell. 5. de Monach.* §. *illud quoque*, unde *Auth. ingressi*, *C. de sacr. eccles.* Ut, qui monasterim ingressi sunt ita, ut in numero monachorum esse inciperent, statim desinerent quidquam proprium habere: eorum antem universa bona ad monasterium transirent. Quam & ipsam successionem in jus universum viventis monachi esse, apparet. Addidit idem postea hanc exceptiuoem *Novell. de sanct. Episc.* §. *si qua mulier*, extra quam si monaehna liberos habeat, inter quos etiam post ingressum monasterii permisit patri bona, quæ ante habuit dividere, iisque tantum dare testamento, quantum vellet, dum ne minus, quam legitimam portionem. Si quid relinquatur, quod non det: id totum vult manere monasterii. Quod enm cantum sit posteriore constitutione: intelligi debet, hactenus priori illi derogatum fuisse. *L. ult. D. de const. Princ.* Idque eo magis, quod prior generalis est, posteriode de speeie taotum ejus generis. Quæ res facit, ut, quamvis posterior hæc esset prior: tamen posteriore generall in hac specie non mutaretur. Hoc enim est, qnod dicitur, in toto jnre generi per speciem derogari. *L. in toto jure D. de reg. jur.* Significatnr enim, semper generali constitutiooi derogari per speciem alia constitutiooe exceptam. Nata est hæc constitutio Justiniani (*) *ex opinione illorum temporum. Invaluerat enim jam ante ejus tempora in ecclesia hæc opinio, ut singularem quamdam religionem, ac* (**). *tantum non summam religionis statuerent in monachatu. Declarat diligens ordinatio ejusdem Justiniani de monastica vita, tamquam instituto longe omnium sanctissimo, in Novella de Monachis, & ascetriis*, 133. Nee minns (***) *religiosum, & sanctum institutum habebatur, monachos bonis omnibus renuntiare, nihil suum habere, sed omnia conferre in commune, non ut ullam partem in his sibi monachus vindicaret, ut fit in rebus communibus*: sed ut totum esset monasterii. Quod & Justiniauns constitutione sua confirmavit. Quam recte utrumque, sciri potest ex (****) verbo Dei, ex quo statnendum est de omnibus, quæ ad cultum Dei, & veram religionem pertineot; non ex illis hominum placitis, aut constitutionibus.

VII. Mortuo universim succeditur per hereditatem tunc, onm hereditatem defancti jure obtinemus: &; ne plura genera anxie hie requiramus, per hanc solam. Per hereditatem succedi defuncto in jus omne, constat. §. *ult. Inst. per quas pers.* Indicat definitio hereditatis, quæ definitur successio in universum jus defuncti. *L. nihil, D. de verb. sign.* De qua definitione mox plura. Sed hoc amplius dicimus, non succedi defuncto, nisi per hanc ipsam hereditatem, cum eam jure obtinemus, ne forte ad hanc successionem in aliis rebus, quam in una hereditate acquirenda, investigandam magnopere occupemur. Nam illæ species quæ adiiciuntur io *d.* §. *ult. per quas pers.* bonorum possessio, item bonorum addictio libertatum conservandarum caussa, nihil aliud tribuunt quam hereditatem. Deoique non sunt hereditas: at sunt modi hujus acquirendæ, nec vero per hæc res nova obtinetur, sed sola & ipsissima hereditas. Bonorum possessio verbo tribuit possessionem bonorum, unde & definitur non patrimonium, sed jus persequendi, retinendique patrimonii: *L. 3. §. bonorum, D. de bon. poss.* re autem vera tribuit ipsa bona, & hereditatem, per quam succeditur in jus omne defuncti non secus, quam si heredes jure civili essemus. *L. 1. L. 3. in pr.* & *duobus §§. seqq. eod. tit.* Unde & bonorum possessores in omnibus vice heredum habentur. *L. 2. D. de bon. poss.* §. *quos au-*

3) Monachi enim nihil suum habere possunt *Cap. ad monasterium, de stat. monach.* Et bona eorum, etiam quoad possessionem, sine corporali apprehensione transire, scribit Vasq. 3. *Ill. Contr.* 105. *n.* 20. Vid. Tiraq. *de Retr. Lignag.* §. 1. *Gl.* 8. *n.* 20. *& seqq.* & in *Tr.* Le mort saisit le vif P. 2. *Declar.* 15. *n.* 9. Clar. §. *testamentum*, Q. 18.

(*) Monasticæ vitæ, institutique sanctitas, atque religio non volgi opinione constat, sed juris divini auctoritate, divinisque oraculis. Quod luculenter demonstrat doctissimus Bellarminus *Disput. de Controvers. Christian. Fid. T. I. Controv. General. V. Cap.* 9 *& seqq.* Ejus autem origo magno intervallo antecessit ea tempora, quibus eam Novatores acceptam referunt. Vid. Bellarmin. *L. c. Cap.* 5.

(**) Imo longe abest, ut religionis summam in monastico instituto unquam collocaverit Ecclesia catholica. Sed ne Imp. quidem Justinianus *Nov.* 133. quam Donellus injuria carpit. Novatorum calumnias, quibus redolet Donellus, probe refellit idem Bellarmin. *L. c. Cap.* 6.

(***) Imo vero abdicatio bonorum ita conjuncta est cum instituti monastici natura: ut eorum retentionem esse vitæ cœnobiticæ corruptionem, recte asserat idem Bellarmin. *L. c. Cap.* 3.

(****) Vid. *Not.* * *ad Lib. II. Cap.* 4.

autem, *Ins. de bon. poss.* Ipsa autem addictio bonorum non obscure hereditatem tribuit. Tribuit enim bona, quod ipsum verbum demonstret. *Inst. de eo, cui lib. cons. caus. bon. addic.* Bona autem in successione defuncti hereditatem significant. Certe quæ hereditatis definitio est in *d. L. nihil, de verb. sign.* eadem est & bonorum in *d. L. 3. in pr. de bon. poss.* Quamobrem, si cognoverimus, quid sit hereditas, & quomodo hereditas cujusque ad nos pertineat: simul intelligetur id quod nunc quæritur, quomodo succedemus per universitatem in jus defuncti cujusque, seu quomodo id jus omne jure nostro obtineamus. Est autem hereditas res illa incorporalis, de qua supra in divisione rerum diximus, eam ex omnibus incorporalibus unam esse, quæ in jure per se consistat, non cohæreat aut ulli personæ, aut rebus nostris. De qua ideo & tum diximus, ordinem acquisitionis rerum, quæ ex jure civili est, postulare, ut, cum de rebus corporalibus hoc jure acquirendis dixissemus, deinceps & de hac acquirenda, quæ jure res esset, nec minus per se consisteret, quam corporales, in hoc genere cognosceremus. De quo sequitur ex instituto, ut cognoscamus, eadem opera consecuturi non tantum posteriora hæc, quæ de hereditate quæruntur, qualis res sit videlicet hereditas, & quam recte de ea hoc loco post res corporales agatur: sed etiam prius illud, ad quod omnis de hereditatis acquisitione tractatio refertur, & in quo est hereditatis effectus, de quo eodem potissimum ante institutum est quærere: ut sciamus, quomodo in jus illud universum defuncti succedatur, quando non succeditur, nisi per hereditatem.

CAP. II.

Hereditas quid. Definitio veterum exposita. Cur dicta *successio*, idest res, quæ successerit in jus defuncti: & cui bono hereditatem fingi, rem talem esse.

Hereditas quid sit. I.
Successionis *verbum quam varie accipiatur. Quid significet in definitione hereditatis.* II. III. IV. VII.
Hereditas in jure consistit. V.
Quamobrem fingatur hereditatem esse rem, quæ successerit in jus defuncti. VI. VII.

I. Hereditas sic definitur a nostris: *Successio in universum jus, quod defunctus habuit tempore mortis. D. hereditas, D. de reg. jur. L. nihil, D. de verb. sign.* In universum jus, idest in commoda, & incommoda omnia defuncti. *L. 1. L. 3. in pr. D. de bon. poss.* Commoda, ut dominium, ut actiones, & retentiones, quas ille habuit: *L. heres in omne, D. de acq. her.* incommoda defuncti, ut contineantur hoc verbo non tantum æs alienum, quo ipse tenebatur, sed etiam ea onera, quibus ipse heredes suos obstrinxit vel promittendo quid, vel ab his legando, *L. 2. C. ad Trebell.* ut *juris* verbo hic intelligemus non tantum jus, quod defunctus habuit in alios: sed etiam quo ipse tenebatur aliis, aut fecit, quo alii tenerentur.

II. *Successionem* Bartolus *ad Rubr. de acq. her. D. hic.* recte sic accepit, rem, quæ successit, ut sit hereditas res quædam, seu universitas juris, quæ ipsa successit in jus defuncti. De quo quia non convenit inter omnes, & significatio videtur a verbo alienior (certe sunt aliæ significationes usitatiores, & magis propriæ): dande est opera, ut paucis in hac sententia confirmemur; simul, ne videamur de verbis otiose litigare, edijciemus, cui rei utile sit id ita statui. Verbalium in *io*, quale est *actio, persecutio, accessio, successio*, sic usus est apud Latinos, sed multo magis apud Jurisconsultos, & auctores juris: ut quatuor modis usurpari soleant. Primam hanc significationem, & certam esse, constat, ad quam ipsam primo inducta sunt: ut significent actum verbi, unde dicuntur, ut sit *successio* actus succedendi, quomodo *actio, & persecutio* actus ipse agendi, persequendive, cui exceptio opponi dicitur. *L. 2. in pr. D. de exc.* ut in illo Ciceronis, *Lib. 1. Offic. Virtutis laus omnis in actione consistit*, idest in agendo. Deinde verba, ubi de jure agebatur, ad jus translata, factumque, ut his non jam actus, sed jus agendi significaretur. Unde *actio* in usu juris dicta jus agen-

agandi, sen persequendi quid judicin. *Inst. de act. in pr.* μετωνυμικῶς atiam bis verbis res significatur intardum, quæ patitur actionem verbi, seu quæ per eam actionam efficitur, constituiturve, nt, eum a Paulo dicitur thesaurus esse *depositio pecuniæ* in *L. nunquam*, §. 1. *D. de acq. rer. dom.* intalligimus pecunism depositam, idest quæ per depositionem esse cœpit, effectum nimirum ex caussa, sicuti, cum dicimus, servitutem esse *constitutionem juris gentium*. L. 4. D. de *stat. hom.* intelligi constat non plácitum, & decretum juris, sed rem jure gentium placitam, & constitutam. Quo modo *successio* dici potest val res cui successum est, vel quæ per successionem obtinatur, ut nonnulli hoc varbum in hac dafinitione acceperunt. Aliss e converso ita res significatur his verbis: ut sit non quæ actionem patitur, sed quæ agit, ut si *successionem* vocemus rem, non cui, aut per quam succeditur; sed quæ succedit, seu quæ successionem hanc habet, atqua efficit, caussam ex effactu intelligentes. Quæ significatio usitata est in verbo *accessionis*, quo passim significari constat rem, quæ alii rei accessit, ut eum dicimus, fidejussoris obligationem accessionem esse principalis obligationis. §. *fidejussores*, *Inst. de fidejuss.* ubi omnes dici intelligunt essa rem, quæ accedit, accessitve principali obligationi.

III. Ex his quatuor, ut maxima omnia in verbo *successionis* intelligantur, nihil tamen convenire potest hereditati præter quartum istud, & postremum, ut dicatur hereditas res, quæ successit in jus universum defuncti. Nam, ut singula breviter attingamus ordine, primum hoc concadunt omnes, hereditatem [1] non esse actum succedendi. Hic actus in herede est, qui succedit: bereditas res extra haredem posita. Per hunc actum hereditas quæritur: hereditas res ast, quæ hoc modo obtinetur: neque unquam eadem esse possunt res, quæ acquiritur; & modus ejus acquirandæ. Hic actus tunc primum exsistit, cum heres succedit: hereditas sæpe multo ante est, quam adeatur, id est quam heres succedat. Denique actus succedendi factum est: *L. pro herede*, *D. de acq. her.* hereditas res in jure consistens. *Inst. de reb. corp. & incorp.* Facta a rebus distant toto genere. Facta, cum prætarierint, evanescunt: res cum esse cœperit, manet. §. *ult. Inst. de verbor. oblig.* Sed nec heraditas est jus [2] succedendi. Nam heras vocatus ad hereditatem, priusquam hereditatem adeat, jus succedendi habet, qui potest adeundo eam consequi: *L. delata*, *D. de verbor. signific.* at hereditatam, priusquam adierit, non habat. Hanc enim consequitur solum adeundo, aut, quod idem valet, pro herede gerendo. §. *item extraneus*, *Inst. de her. qual. & diff.* Idem heras ante aditam hereditatem decedens jus succedendi intra annum transmittit ad heredes suos quoslibet, etiam maxime extraneos: heraditatem non transmittit: *L. cum antiquioribus*, *C. de jur. delib.* nempe quia prius jus succedandi habuit: hereditatam non habuit. Aliud igitur heraditas, aliud jus succedendi. Et quod de actu succedendi dixi, idem licet de succedendi jure dicere. Semper constitit, aliud esse rem, quæ obtinetur: aliud id, par quod obtinetur. Hareditas ras est, quæ succedendo obtinetur: successio ipsa, & jus succedendi res, per quas illa obtinetur. Proinda hereditas jus succedendi non est, non magis quam actus succedendi. Sed nec hareditas dici potest res, cui succeditur. Non anim per heraditatem succeditur hereditati, sed defuncto, seu in jus omne dafuncti, ex definitione superiore hereditatis, & *L. 3. in pr. D. de bonor. possess.* Ne illud [3] quidem dici potest, hereditatem esse rem, quæ per successionem obtinetur, quasi non aliter sit hereditas. Nam & hareditas nondum adita, & hoc modo nondum successione quæsita, nihilominus maxime hereditas est. Non dicam cum aliis Intarpretibus (quod tamen

1) Ut Spigel. *in Lexico* exponens *aditio*, scilicet agnitio, quam refellit Gudd. *in L. 24. de V. S. n. 6.* quia aditio non est genus hereditatis, sed adiunctum; factum, non jus: & quia in bonorum possessionis definitione idem genus *successio*, ubi aditio, quæ in ea nulla est, intelligi nequit.

2) Seu facultas acquirendi, ut quidam exponunt, teste Gudd. *de loc.* n. 8. ubi dicit, sic quod hominis est, male rei tribui.

3) Alc. *in L. 24. de V. S. n. 5. & seqq.* genus hoc ad hos refert intelligens ipsum patrimonium, ac bona omnia simul juncta, quæ id jus constituunt, quod *hereditas* dicitur, seu universalem rerum, & jurium collectionem. Argumenta ejus hæc (1) Heres est dominus. Ergo hereditas dominium. Respondeo. Infirma consequentia. Potius inferamus: Ergo hereditas dominium, quia heres, & hereditas unius personæ vice funguntur. *L. 22. de usurp. & usucap.* Et aliud est dominium, a rebus, quæ in dominio. (2) Hereditas dicitur dividi. Respondeo. Alio sensu, & metonymice, ut suo loco. (3) Quia in *L. 2. pr. de bon. poss.* bona definiuntur successio universalis. Respondeo. Bona illic ex sententia nostri Donelli C. *præced.* significant ipsam hereditatem. (4) Quia Cic. *in Top.* definit hereditatem, quod sit pecunia, quæ morte alicuius ad quempiam jure pervenit, nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta. Respondeo. Licet hæc Tullii descriptio immerito placeat Mercerio, 2. *Opin.* 13. & 1 Cti definitioni injuste præferatur, quasi nihil in ea otiosum, nihil non necessarium: recte tamen rejicitur a Duaren. *ad Tit. D. de acquir. hered. Cap.* 1. Sed & Alciatum, refellit Gudd. *in d. L. 24. n. 7.* a hoster. 2. *de Success. ab ind.* 3.

Digitized by Google

tamen verum est), hereditatem tunc solum proprie esse hereditatem, cum nondum adita est: semel autem aditam, & heredi quæsitam desinere asse hereditatem: de quo alias. Nunc illud satis est dici, de quo inter omnes constat, hereditatem saltem tunc, cum nondum adita est, maxime hereditatem esse, & eam quæ pro domina interim habeatur. *L. hereditas*, 1. & 2. *D. de acq. rer. dom.* Hoc enim si ita est: palam est, hereditatem non sic dici successionem, quasi sit ea solum, quæ per heredis successionem obtineatur. Restat igitur quartum solum, quod in hujus verbi significatione conveniat hereditati, ut *successionis* verbo 4 intelligatur res, quæ successit; sitque hæc definitio, ut dicatur hereditas esse res, seu universitas bonorum, & patrimonii, quæ successit in jus universum, quod defunctus habuit tempore mortis; res, quæ jus illud universum defuncti obtinet, & complectitur. Obtinet autem, quia prius in id successit, jure eam in id jus surrogante, atque hanc ipsam successionem, & per hanc successionem hereditatem efficiente.

IV. Neque hoc novum in verbi significatione videatur. Nam ex eadem origine sunt *successio*, & *accessio*, eademque forma derivationis ambo dicuntur: jam autem dixi, *accessionem* in usu juris esse rem, quæ accessit. Sit igitur & *successio* eadem analogia res, quæ successit, quando aliod hereditati convenire non potest. Et vero juris auctores id sensisse, ex eo potest constare, quod statuerunt, hereditatem 5 nondum aditam dominam esse, & 6 defuncti locum obtinere. *L. non minus*, §. 1. *D. de her. Inst. L. hereditas*, 1. & 2. *D. de acq. rer. dom.* §. *servus autem*, *Inst. de her. Inst.* Non est domina, nisi res aliqua. Nec domina rerum defuncti efficitur, ejusque locum obtinet, nisi quia in dominium successit, & locum defuncti. Sit ergo, ut dixi, hereditas res illa, & illa universitas rerum, quæ patrimonium, & jus omne defuncti complectitur, &, tanquam domina quædam obtinet, non alia de caussa, quam quia in id jus universum successio est, idest res, quæ in id jus successit.

V. Ubi sit ea res, quærendum non est. Quod enim dicitur esse res incorporalis *Inst. de reb. corp. & incorp.* satis significat, nusquam 7 esse natura, ut cerni, aut

4) Iason. Castrens. & vulgo DD. *ibid.* referente Gædd. *d. loc.* n. 5. cui tamen displicet hæc acceptio, eo quod ipsum jus sibi ipsi succedere non possit. Quod tamen inconveniens non exinde sequitur. Ipse Gædd. *n.* 9. & *seq.* dicit, definitionem esse desumptam ex tractatu de petitione hereditatis, & *successionem* interpretatur caussam, seu titulum acquirendi, cujus vi petitio hereditatis intentatur. Sic enim, inquit, & in definitione legati genus *donatio* significat caussam: & titulum, cuius gratia relictum ad nos pertinet. Quæ probare non possum. Quandoquidem hanc caussam, seu titulum non habet heres; nec petitione hereditatis exprimitur, nisi adita, cogitare hereditas *L.* 1. *s.* 3. *de hered. pet.* Et ita definitio non nisi in heredem translatæ competeret. Et in titulos seorsim extra personam heredis, quam afficit, considerari nequit. Tamen quod hereditas ab herede acquiri ipsa dicitur *toto Tit. de acq. her.* Nunquam autem eadem res esse potest, quæ acquiritur; & titulus, seu caussa eius acquirendæ. Nec recte *donatio* accipitur in legati definitione pro titulo, seu caussa. Nam imo ibi *donatio* refertur ad donantem testatorem, eumque respicit, ut docent verba, *a defuncto relicta*; non vero legatarium. Omninoque alius est emptionis contractus, aliud negotium donationis, a titulo pro emptore, seu donato. Emptio perficitur consensu, ut & hodie donatio; utraque consummatur traditione, qua facta, negotium finitum: titulus pro emptore, seu caussa empti, donative adhuc durat, & perseverat, &c.

5) *L.* 13. §. 2. *ad Leg. Aquil. L.* 13. §. 5. *D. Quod vi, aut clam*, *L.* 9. *C. deposit.* Non igitur e ratione abhorret quod Cuiac. 5. *Obs.* 10. & *in Not. ad* §. *ult. I. de her. qual. & diff.* hereditatem ab *hero*, idest domino dictam vult, cum & Florentini, Pandectæ semper per e, non æ exibeant, & in antiquis inscriptionibus nunquam cum diphthongo scriptum hoc verbum reperiatur; Walth. 2. *Miscell.* 10. licet alii ab *hærendo* derivare malint, quod iuri universo defuncti, & actionibus hæreat, Hot. 1. *Amicab.* 8. vel quod heres defuncto adhæreat: Wes. *in Par. de her. inst. n.* 2. Forst. *Lib.* 2. *de Success. ab int. C.* 2. *n.* 1. alii ab *ære*, ut Govean. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 3. qui & *n.* 2. nusquam se legisse dicit, *heredem* pro domino usurpari (quasi Imperatorem in *d.* §. *I. de her. qual.* redarguens). Sed exemplum imo in *L.* 19. § 4. *de castr. pecul.* Forcer. 1. *Select.* 19. Cuiac. 10. *Obs.* 16. A. Fab. 4. *Conicct.* 5. & *ad L.* 3. §. *pen. de minor.* Et *dominus* pro herede in *L.* 22. *de statu lib. L.* 1. *de ventr. in poss. mitt.* Forner *d. loc.*

6) *L.* 15. *in fin. pr. de usurp. & usuc.* & plurib. LL. adnotatis a Goth. in *L.* 31. *de her. instit.* non autem heredis personam substinet. *d. L.* 34. *de acq. rer. dom.* Ex qua, ut & ex *L.* 55. §. 1. *de legat.* 1. apparet, contrariam olim de eo fuisse; & eius plura vestigia in libris nostris relicta esse conqueritur Hot. 3. *Obs.* 19. *Et* Ravar. *de Auct. prud. C.* 16. ita pluribus Jurisconsultis in fori disputatione (de qua in *L.* 2. §. 5. *de orig. iur.*) visum fuisse. Rationem tradit A. Fab. 14. *Conicct.* 20. *p.* 148. Quia heredis persona ante aditionem nulla, & incerta (nescitur enim quis, & an ullus futurus heres) fieri non potest; ut ad inducendam dominii continuationem personæ heredis ratio habeatur, cum dominium incerti non magis, quam nullius, esse possit. Defuncti autem persona, licet vere nulla sit: fuit tamen, & certa, et fictione opus sit, qua inducat, ut repræsentetur quasi adhuc adesset. Circa personam heredis nihil lex fingere potest propter incertitudinem, quia non minus lex quam homo, futuras res ignorat. Idem 1. *Iurispr. Tit.* 2. *Pr.* 5. *Illat.* 3 *p* 80. Usus, sit, fictionis huius, ut contineretur dominium a defuncto in heredem, ne fiat primi occupantis. Quod si heredem repræsentaret, huic periculo non occurreretur. Sicuti enim ante aditionem is heres non est: ita nullius manerent bona, quæ ex instanti mortis domini, nullius fuissent. Joach. Hopper. *L.* 2. Θεῶν ..., *pag.* 84. Facilius fingitur qui mortuus est superstes, ac Dominus, quam qui nunquam dominus fuit. Est enim continuatio magis secundum naturam, quam de novo acquisitio. Obiic. *L.* 24. *de novat.* A. Fab. *d. Ill.* 3. & Gifan. *ad L.* 61. *de acq. rer. dom. n.* 3. respondent, ibi vocalam, *cuius*, referri debere cum Accursio non ad proximius vocabulum *heredis*: sed ad ulterius, *promissoris*. Cæterum huic repræsentationi locus non est in iis, quæ facti sunt, in quibus animum intervenire oportet, ut possessio; *L.* 1. §. 15. *si is, qui test. lib.* item in quibus certa persona requiritur, ut ususfructus. *L.* 26. *de stip. serv.* Hot. 3. *Obs.* 19. Et ideo furtum non fit hereditati. Vid. *not. infra Lib.* 15. *C.* 29.

7) Idest, etsi nullum in ea corpus, nulla res sint. Duar. *de Acq her. C.* 2. Goth. *in Not. d. L.* 50. Nam & demonem hereditatem continet. *L.* 119. *de V. S.* Et vel hinc satis. Alciati opinio relata supra *Not.* 3. refellitur.

aut tangi possit: animo tantum intelligi: sed intelligi ideo, quia jus eam pro re esse velit, quæ vera consistat. Sic enim describuntur res incorporales, de quibus jus constituitur, ut sint, quæ in jure, idest ra jure constituta, consistant. Unda dicitur a Papiniano hereditas sine ullo corpore juris intellectum habere. *L. hereditas*, *D. de her. pet.* idest sine ullo corpore jure esse, & subsistare intelligi.

VI. Neque temera hæc res fictione juris inducta est, quasi in eo subtilitas tantum quædam sit, & argutia Jurisconsultorum, nulla re subjecta, ut Seneca *Lib. 6. de Benef. Cap. 5.* parum apte irrisit nostros. Necesse fuit, murtuo testatore, aut eo, de cujus bonis agitur, ejusmodi dominam, & successorem in locum defuncti statui cum ad jus defuncti retinendum, tum ad utilitates insequentis temporis, quæ ex rebus nostris parari solent, recte acquirendas, & quæsitas deinde ad heredem transmittendas. Ne sit enim, mortuo testatora, aliquis dominus, qui in defuncti jus succedat. Continuo omnia defuncti jura intereant, necesse est. Non est enim jus, nisi in persona: non est jus, nisi sit, qui id obtineat. Quod si jura dafuncti interibunt: non possunt postea ad heredem quandoque succedentem pervenire, quæ morte defuncti esse desierint. At si recte retinebuntur, si illa statim excipiet hereditas altera domina; ac sic deniqua per hereditatam perveniant ad heredem, cum ille hereditatem acquisierit. Sic enim fit, ut aliquid sit heredis, quia hereditas, quod suum fuisset, in heredem transfundit. *L. 1. §. Scævola*, *D. si is, qui test. lib. ess. juss. er.* Jam vero novæ utilitates, quæ par servos parari solent, nullæ omnino futuræ sunt, mortuo testatore, si, nondum adita hereditate, nullus dominus, aut nulla domina servorum intelligetur. Servi defuncti frustra quid stipulabuntur, frustra ax aliis caussis quid gerent, ut contrahant, & acquirant. Sulum enim ex persona domini stipulandi, & acquirendi jus habent. *Inst. de stip. servor. in princ.* Iidem inutiliter ab aliis instituentur heredes. Nam cum servis alienis non nisi ex parsona dominorum testamenti factio est. *L. non minus*, *in pr. de hered. inst.* Hæc ne fierent, perirentque hæc commoda heredi futuro, ita veteres constituerunt: si in his dominus quæritur, hereditatem pro domina esse, & defuncti locum sustinere. Ex quo & stipulationem consistere, atque actionem hereditati acquiri, & cum servis hereditariis testamenti factionem esse, voluerunt. Estque hæc ratio hujus acquisitionis, & commodi ab illis constanter reddita variis in locis, ut in *L. in eo*, *§. ultim. L. hereditas*, *seq. L. hereditas*, *2. D. de acquir. rer. dom. Inst. de stip. serv. in princ. L. non minus*, *§. 1. D. de hered. inst. §. servus etiam*, *inst. eod.* Postremo hereditatem intelligi dominam esse, quæ in jus defuncti successerit, eo pertinet, ut heres quandoque hereditatem adeundo jam inde a morta successissa defuncto intelligatur, ne quid illi videlicet de jura defuncti decesserit, quasi tempore interruptum, aut imminutum. *L. heres quandoque*, *D. de acquir. hered.* Id autem beneficio hujus fictionis ita consequitur, quod hereditas jam ante jus omnia defuncti jam inde a morte ejus obtinuit: heres autem succedendo hanc ipsam hereditatem obtinet, ac per hareditatam [a] jus omne, quod fuit hereditatis, quæ quod suum fuit, transfundit in heredem ut ante dixi. *d. L. 1. §. Scævola*, *D. si is*, *qui test. lib. ess. juss. er.*

VII. Quamobrem sit hoc constitutum hereditatem successionem esse, idest rem, quæ in jus universum defuncti successerit: universitatem esse, quæ, tanquam domina, per successionem id jus obtineat, & locum defuncti. Nec inaniter hoc constitutum a veteribus, ut in formulis fieri solebat: sed & utiliter, & necessario, ut, si quid fuisset juris defuncti, aut in commodis sequentis temporis, id per hereditatam ad heredem, & quidem quasi jam statim a morte defuncti perveniret. Idque ipsum est, quod sub appellatione *bonorum* complexus est explicatius. Ulpianus in *L. 3. in princ. de bon. poss.* Nam *bonorum*, *& hereditatis* verbo promiscue utens, ut patet ex §. 1. ait, bona accipienda esse *universitatis cujusque successionem*, idest universitatem quamque, quæ successerit defuncto, *qua*, idest per quam, cum scilicet eam acquisivimus, *succeditur in jus demortui*, *suscipiturque ejus rei commodum*, *& incommodum.* Ex his intel-

[a]) In nomina, & obligationes activas, & passivas, & quodammodo in vitia, & virtutes defuncti, bonam, & malam fidem, Cujac. *ad L. 24. de V. S.* Vid. supra *Lib. 5. Cap. 20. not. 12.* Etiam in eam partem, quæ legatis exhausta. Quod probat Tit. quod legator. & denuntio legati, *delibatio hereditatis*, &c. Ravard. *ad L. 7. de R. I.* & quia legata *onera successionis* vocantur in *L. 2. C. ad S. C. Trebell.* ut iniuria Mercer. 2. *Opin. 13.* taxet hanc definitionem eo, quod legata pure relicta, recta via ad legatarium transeant, nunquam fiant heredis.

intelligimus, non tantum quid sit hereditas, sed etiam quem effectum ipsa habeat in successione heredi tribuenda. Hereditatem nimirum sic prius successionem esse, idest rem, quæ primo successerit in locum defuncti, ut per hanc deinde succedat heres in idem jus universum defuncti; nec tantum in id, quod defunctus hebuit, dum viveret: sed etiem quod postea partum, quæsitum erit hereditati. Qui effectus est, quem unum in quæstione de hereditate, ac successione tota in locum defuncti quærere, ac spectare debemus.

CAP. III.

Hereditatem sic acquiri, cum jure cui delata, simul etiam ab eo, uti oportet, suscepta est. Jure deferri ut suprema voluntate, aut ab intestato lege. Voluntate suprema aut directo, aut per fideicommissum. Illo modo deferri solum testamento: hoc posteriore etiam codicillis. Illam *testamentariam* ex genere testandi; hanc *fideicommissariam* ex modo relicti appellatam esse. Hæ cum dissimili sint & origine, & effectu: separatas esse debere & de his tractationes. Ac primum de testamentariis.

Methodi ratio. I.
Hereditatis acquisitio constat ejus successione, & delatione. II.
Hereditatem deferre *quid sit.* III.
Delatio hereditatis constat deferendi potestate, & voluntate. IV.
Potestas jure civili data ei, de cujus bonis agitur, deinde lege. Unde hereditas vel testamentaria; *vel* legittima, *aut* justa. *Illa ordine prior: hæc posterior.* V.
Testamentaria defertur aut directo, aut per Fideicommissum. Illa aliter civili, ac Prætorio Jure acquiritur. VI.

I. Ergo hæc successio, quam *hereditatem* vocamus, facit (ut cœpi dicere), ut per universitatem succedamus in jus omne, & locum defuncti, cum eam cœpimus obtinere. Obtinetur autem, cum jure nobis quæsita est. Ita omnis hujus successionis ratio posita est in hereditatis ecquisitione. Quod cum ite sit: nempe res huc redit, ut ed successionem omnem in locum defuncti constituendam quærendum sit, quomodo hereditas nobis acquiratur.

II. Sic acquiritur nobis hereditas, si nobis recte deleta, unde oportet; simul etiam e nobis, ut oportet, suscepte sit. Et hoc est. Constat hereditatis acquisitio duabus his rebus: delatione hereditatis, & delatæ susceptione, ut indicant *L. licet, L. si curatoris, seq. C. de jur. delib.*

III. In primis ed acquisitionem hereditetis, jure henc delatem esse oportet, ut iisdem locis decleratur, *& L. si quis extraneus,* §. 1. *D. de acq. her.* Deferre hereditatem alicui est eum vocare ed hereditatem ita, ut vel ei hereditas imponetur invito, vel volenti potestas fiat ejus ecquirendæ. Vel est designare aliquem, quem pro potestete heredem esse velis, ut vel hinc statim heres fiat (quod contingit necessariis heredibus): vel possit, si velit, hereditatem adeundo, vel egnoscendo consequi (quod contingit heredibus voluntariis, seu extraneis, vel fideicommissariis). Dicitur quidem in *L. delata, D. de verb. sign.* delatam hereditatem intelligi, quam quis possit edeundo consequi, quo exprimitur id tantum, quod de voluntariis heredibus diximus. Sed sciamus, hoc ibi dictum esse, ubi agebetur de heredibus extraneis, quorum est edire, aut repudiare hereditatem pro erbitrio. §. *item extraneus*, *Inst. de her. qual.* Cæterum non minus recte necessario heredi, ut filio, hereditas *deferri* dicitur, cum ille e patre, eut lege vocatur ad hereditatem defuncti patris, etsi fit ipso jure heres; nec minus ei ita hereditatem deferri, idest ita ad hereditatem eum voceri, oportet. Sic quidem hoc verbum suis heredibus, qui & ipsi necessarii heredes

1) Quod ita *DD.* vulgo & *Ale. in d. L.* 151. n. 3. accipiunt, si nullum impedimentum, neque ea parte hereditatis, neque ea persona heredis, quo minus adiri possit. Sed Bellon. s. supput 16. & Godd. *in d. L.* 151. delatam proprie dici, & æstimari ex qualitate hereditatis, si in ea causa sit, ut adiri possit, ut si pure relicta, *L.* 13. *pr. de acq. hered.* etsi subsit aliquod impedimentum ex persona heredis, si is furiosus, impubes, &c.

redes sunt, tribuitur in *d. L. licet, C. de jur. delib.* ut recte communi definitione usi simus, quæ ad utrunque genus heredum pertineret.

IV. Sic jure defertur hereditas, sic recte instituitur quis, aut designatur heres, quo deinde ad eum redeat hereditas, si is, quem deferre volumus, jure possit deferre, & simul delatam velit: ut hic quoque recte dicturi simus, delationem justam hereditatis duabus item rebus constare, potestate deferendi, & deferentis voluntate.

V. Potestas [2] deferendæ hereditatis, seu heredis defuncto instituendi, duorum est jure civili: ejus, de cujus bonis agitur, & ipsius legis. Non tamen simul utriusque, ut ejus, qui anteverterit, voluntas potior sit: sed ordine primum potestas hæc domino bonorum data, ut liceat ei, quem velit, sibi heredem instituere suprema voluntate. Quod si non fecerit, tum succedit potestas legis, quæ, intestato patrefamilias mortuo, certis personis, quæ perpetuo eædem futuræ sint in successione intestati, hereditatem defert. Potestas hæc domino data lege duodecim Tabularum, cujus legis hæc verba fuerunt: *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto.* L. verbis, D. *de verb. sign.* Quibus verbis ita confirmantur heredum institutiones, & suprema voluntas omnis: ut quamdiu hæc profertur justa, tamdiu non sit legitimæ hereditati locus. At, cum instituti a testatore heredes nulli sunt, tum deinde lex succedit, fitque transitus ad eos, quibus illa defert hereditatem. Neque hic aliud servatur jure civili, aliud jure prætorio. *L. quamdiu potest, L. in plurium, D. de acq. her. L. 1. D. si tab. test. null. exstab.* Hanc potestatem istorum duorum in deferenda hereditate, & simul deferendi ordinem significarunt veteres, cum dixerunt, hereditatem ad nos pertinere vel ex testamento, vel [3] ab intestato. *§. ult. in fin. Inst. per quas pers. L. 1. L. 3. D. de her. pet.* Quippe ex testamento est, quæ est a testatore, ab eo delata pro ea potestate, quæ illi lege data est. Ab intestato est, quæ, intestato patrefamilias mortuo quibusdam personis defertur lege. Unde illa hereditas *testamentaria* dicta, hæc *legitima*, d. L. in plurium, *D. de acq. her. L. quod autem. in pr. D. quæ in fraud. cred.* non quod testamentaria non sit ex lege, cum lege confirmetur, ut est in *L. lege obvenire, D. de verb. sign.* sed quod non a sola lege, ut quam voluntas defuncti præcedat, sine qua ne hereditas quidem deferatur. Quæ autem ab intestato est, hæc, deficiente defuncti voluntate, a sola lege proficiscitur, ut quam sola lex deferat. Unde & per excellentiam nominis vocatur *legitima*, quæ ob eamdem caussam & *justa* dicitur in *L. 3. §. de illo, D. pro soc.* Quamquam hoc verbo proprie utimur tantum in ea hereditate, quæ jure civili defertur, ut legibus, & similibus constitutionibus: non item in ea, quæ defertur jure prætorio, quia prætor proprie heredes non facit. Sed quis idem tribuit his, quos ad hereditatem vocat per bonorum possessionem: *§. quos autem, Inst. de bon. poss.* liceat hoc verbo in hoc quoque genere uti generalius.

VI. Ac de testamentariis hereditatibus ut ordo juris superior postulat, prius videamus. Et testamentariæ hereditatis tum deferendæ, tum delatæ acquirendæ non una ratio est jure cognita. *Testamentariam* nunc voco, quæcunque testamento deferri potest, etsi potest interdum codicillis: latius autem, quæ defertur suprema defuncti voluntate. Hæc deferendi, & acquirendi ratio ita est constituta jure, uti est privata delatio ejus, de cujus bonis agitur. Defertur enim hereditas a defuncto aut directo, aut per fideicommissum. Directo, cum is jubet, aliquem recta sibi heredem esse; seu vult, eum hereditatem a se, non ab alio accipere. Per fideicommissum, cum eum, quem prius instituerat, aut legitimum heredem suum rogat, ut hereditatem alteri restituat. *§. ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* Quæ directo defertur hereditas, aliter defertur, & acquiritur recte jure civili: aliter jure prætorio per bonorum possessionem. Dissimiliter ab utraque ea, quæ defertur per fideicommissum, quam uno verbo *fideicommissariam* appellamus. *Inst. de fid. her.* Quare & de his separatim dicemus. Ac primum de testamentariis, quæ directo delatæ jure civili acquiruntur.

CAP.

2) Quæ tamen aliter referuntur in *L. 53. de V. S.* aliter in *Novell. 22. Cap. 2.* aliter ab Ulp. *in Fragm. Tit. II §. 14.* aliter 1. *Rhetor. ad Heren.* Vid. *infra Not. 1. Lib. 8. Cap. 1.*

3) Quidam tertiam successionis speciem, contra testamentum, agnoscunt *Covarr. 4. Var. resol. 21.* Quod refellit *Forst. Lib. 1. de Success. ab intest. Cap. 8. 9. & 10.*

Digitized by Google

CAP. IV.

Testamentum quid. Ut testamento jure civili deferatur directo hereditas, justum id esse oportere. Justum duplex, vulgare, & militare. Vulgare certis legibus adstrictum: militare liberum. Vulgaris leges spectari in persona testantis, in testandi modo, in rebus testamenti.

Hereditas codicillis nec dari, neque adimi potest: sed testamento dumtaxat. I. *Testamenti definitio, ejusque a codicillis differentia.* II. *Testamentum vel vulgare, quod fit jure communi, vel militare.* III. *Leges vulgari testamento præscriptæ versantur in persona, modo, rebus.* IV. *Quid in singulis exigatur.* V.

I. ERgo directo hereditas suprema voluntate ejus, de cujus bonis agitur, solum recte defertur [1] testamento: codicillis neque dari, neque adimi potest. *§. pen. Inst. de codicill. L. 2. L. si idem C. eod. L. hereditas, C. de pact. conv.*

II. Testamentum [2] ita definitur in *L. 1. D. qui test. fac. poss.* ut sit [3] voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis (intellige nostrum; ut constet sibi oratio numeris), quod quis, inquam, nostrum post mortem suam fieri voluit. Cætera hujus definitionis cum codicillis communia. Nam & codicilli ultima voluntas sunt. *L. ult. §. ult. C. de codicill.* Proinde voluntatis nostræ sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Illud proprium testamenti, & quo [4] a codicil-

1) An autem & testamentorum origo juri civili adscribenda? Non puto. Sed, quia omnia plene excutere nec per tempus licet, nec libet, ea nimium notate exercucant: vid. pro hac sententia Theoph. *in §. jus autem civile, I. de I. N. G. & C.* Vigl. *in §. 3. I. h. t. n. 4. & seqq.* Donell. nost. *in Rubr. Cod. de testam. n. 9.* Connan. 9. *Comm.* 1. *n.* 3. & 1. *Comm.* 5. *n.* 6. Cujac. *in L.* 1. & 3. *h. t.* Alc. *in L.* 24. *de V. S. n.* 22. Vacon. 1. *Decl.* 16. *n.* 1. Coras. *ad L.* 7. *C. de impub. & al. subst. n.* 6. Covarr. 3. *Var. Res.* 6. *n.* 7. Oldend. *Progymn. Class.* 5. *pr.* Aug. Mathenc. 1. *de Vin jur.* 24. *n.* 26. Aramm. *Exerc. Justin.* 7. *Th.* 3. Gilken. *de Præscript. P.* 3. *C.* 3. *n.* 150. & *seqq.* pro adversa Duaren. *ad hunc Tit.* Cap. *Quid sit testamentum, f.* 713. Alex. Picenard. *ad Rub. I. pag.* 6. *col.* 2. Gudd. *de Contr. stip. C.* 2. *Concl.* 2. *n.* 22. A. Fab. 1. *Jurispr.* 2. *Pr.* 4. *Pl.* 1. Caussam hujus juris exprimit eleganter Oldend. *Class.* 5. *Act in Prælud.* Testamentum typus, & figura immortalitatis. Nam, quando anima, & voluntas immortalis: non debet, quoad bona, cum corpore extingui. Nihil igitur jucundius, quam ut voluntas regnet in bonis, corpore extincto. Et P. Greg. 41. *Synt.* 1. *n.* 2. Tanta est, inquiens, immortalis animæ in corpore mortali dignitas: ut post corporis interitum proroget imperium, & reliquias cogitationum relinquat. Brevius I. Lipsius *in Præfat. Lib.* 6. *de Cruce.* Solatium fati est voluntas ultra fatum. Alias rationes refert, & examinat Alex. Picenard. *ad Rubr. I. h. t.* De notatione *testamenti* vid. Cujac. 21. *Obs.* 37. & 26. *Obs.* 40. & *ad L.* 39. *de V. S.* Robert. 2. *Sent.* 19. Loriot. *de Jur. arte Tr.* 12. *de Testam. success. Axiom.* 1. Corus. 3. *Mim.* 22. *n.* 4. Forst. 3. *de Success. ab int. C.* 1. *n.* 8. Vigel. *in Dialect. jur. Lib.* 1. *p.* 20. P. Greg. 42. *Synt.* 2. *n.* 3. Vigl. *in pr. I. h. t. n.* 3. & 4. Porcat *Dial.* 73. *n.* 4. & 5. Turamin. *de Execut. Legal. C.* 1. *n.* 7. & 8 Gudd. *in L.* 164. *de V. S. n.* 6.

2) Cujac. 2. *ad Afric. in L.* 14. *de jur. codicill.* definit, quod sit directa heredis institutio, vel brevius, hereditatis datio, quomodo & idem *in Par. D. h. t.* ubi tamen definitiones Modestini in *d. L.* 1. & Ulpiani *Tit.* 20. *§.* 1. perfectas esse, scribit. Sed improbat hanc definitionem Vult. *pr. I. h. t. n.* 16. & *seqq.* & quia latior sit competens cuivis ultimæ voluntati (cum & ceteræ æque suum habeant juris affectum, licet non eundem), & quia angustior, excludens testamenta peregrinorum, quæ injusta quidem, sed non omnino nulla, quia an sit testamentum, concernit substantiam; an justum, qualitatem. Angustia tamen, ait, excusari potest ex proposito Jurisconsulti: latitudo nequit. *Ibid. n.* 19. refellit Cujacii definitionem (quam Græcorum Interpretum esse, scribit) (1) quia suis non datur hereditas, *L.* 11. *de lib. & postum.* & ex natura exharedationis, quæ est ademptio ejus, quod quis habuit. (2) Quia datur etiam codicillis per fideicommissum, & a milite directo. Ipse *n.* 20. definit, quod sit ultima voluntas directam ex sui natura (ut excludantur codicilli militis in specie *L.* 36. *de test. mil.*) heredis institutionem continens.

3) Verba hujus definitionis Duar. *ad hunc Tit. D. Cap. Quid sit testamentum,* 1. sic fere exposuit: *Sententia* genus est, & latius patet, quia & dicitur sententia judicis, legislatoris, Senatusconsulti. *Voluntatis*, id est non quocunque modo. Hinc dicitur, verba enunciativa (quibus quid affirmatur, vel negatur) non esse apta ad testamentum; sed dispositiva. Vid. tamen notata *infra Cap.* 17. (aliter Oldend. *init. Cl.* 5. *Progymn.* ut significetur, integritatem mentis in testante requiri). *Nostræ*, & ut non conferatur in voluntatem alterius: & ut excludantur non cives. Sic & Baro *in §.* 2. *I. h. t.* (quod displicet Alex. Picenardo *in d. pr. I. h. t. pag.* 33. *col.* 2. quia & aliæ nationes suis quæque legibus testantur). *Justa.* Vid. *Not.* seq. *De eo, quod quis fieri velit.* Hoc differt a contractu, qui duorum consensum habet. *Post mortem* ita, ut post eam valeat, ne ante possit revocari, ut differat a stipulatione *post mortem fieri*, quæ rata est statim, sed executio differtur. Ita Duar. Non fere absimiliter Donell. noster *ad Rubr. C. de testam.*

4) Ita & Cujac. *in L.* 1. *h. t.* Baro *in §.* 2. *I. h. t.* Vigl. *in pr. I. h. n.* 29. & *seq.* Donell. noster *ad Rubr Cod. de testam. n.* 6. Duar. *d. loc. Justa*, inquit, id est solemnis; *arg. L.* 1. *de injust. rupt.* vel verius legitima. *Arg. L.* 3. *pro soc.* Codicilli non ex legibus, sed moribus valent. Loriot. *de Jur. arte Tr.* 12. *de Testam. success. Axiom.* 2. Omnis, inquit, voluntas in suo genere & perfecta, & solemnis. *Justa* igitur hic, quæ semper vera, & ubique stare potest, quomodo dicitur *justa lex, justus error.* Testamentum omni jure verum: codicilli ante Augustum non probati. Vid. & Charond. 9. *Verisim.* 10. Parceuon. 2. *Animadvers.* 22. Sed hujusmodi commenta (quæ late examinat Alex. Picenard. *ad pr. I. h. t. pag.* 34. & *seq.*, dicens, bonum Ulpianum hic dormitasse, & Jo. Dauth. *de Testam. Tit. Definitio, n.* 12.) definitionem non salvari, scribit A. Gentil. 1. *Lect.* 14. volens, definiri in *d. L.* 1. testamentum in genere, ut codicillos, & omnem ultimam voluntatem contineat, & quia *Tit. qui test. fac.* generalis, quo tractatur de iis, qui ultimas dispositiones condere pos-

sunt

dicillis distinguitur, quod testamentum justa sententia est: codicilli non justa, si tamen in verbo *justi* id accipimus, quod huic loco conveniant. Nam *justum* dicitur tribus fere modis. Justum id, quod jure valet, seu quod jus probat, etiam si nullis solemnibus res peragatur, ut *justa conventio*, L. tale, §. 1. D. de pact. *justus metus* in *L. nec timorem*, 7. *circa fin. D. quod met. caus.* Alias *justum* non id, quod jure receptum sit: sed quod fit jure, id est solemni ritu, & more, quem jus in re peragenda præscribit. Quomodo *justa uxor* dicta veteribus, distinguiturque ab injusta in *L. si uxor*, §. 1. *D. ad Leg. Jul. de adult.* ubi tamen utroque verbo significatur ea, quæ vere, & jure uxor est: sed, cum ambæ jure cogitæ sint, & probatæ: altera solemni ritu in nuptiis contrahendis adhibito ducitur; altera consensu. Erat autem prior, quæ [5] solemni ritu conveniebat in manum viri vel confarreatione, vel coemptione, & *materfamilias* dicebatur. Hoc modo & *justum testamentum*, quod jure fit. *L.* 1. *D. de injust. rupt. irrit. fact. test.* Interdum *justum* dicitur plenum, & perfectum, ut *justa ætas*. L. cum filiofamlias, §. ult. *D. de legat.* 3. Significatio ex priore ducta, quoniam ea sunt plena, & perfecta, quæ constant suis partibus, quas jus requirit. Quomodo & testamentum dici possit *justa sententia*, ut sit plena, & de rebus defuncti omnibus. Quod fit, cum heres, id est universi juris succesaor, instituitur. In hac ambiguitate videndum, quid conveniat, non dico testamento (nam omnia de testamento recte dici possunt): sed quid rectæ definitioni, ut verbum id exprimat, quod testamenti proprium sit, & codicillos excludat. Et testamentum non recte definitur justa sententia, ut intelligatur ea, quæ jure recepta est, quæ jure valet. Nam & codicilli in suo genere jure recepti sunt, & jure valent non minus, quam testamentum. Neque tamen sunt testamentum. *d. L. si idem*, *C. de codicill.* Reliqua duo de testamento recte dicantur, & convenienter, & quidem ita, ut codicillos removeant. Testamentum recte vocemus *justam sententiam*, ut *justam* interpretemur plenam, ut sit de rebus omnibus, addita nimirum heredis institutione, id est universi juris successione. Nam sine hac nullum est testamentum: cum codicilli contra heredis institutionem non admittantur. §. *ult. Inst. de codicill.* Sed & *justam* recte hic accipiamus vel solemnem, vel, si apertius dicere volumus, testatam more, & ritu solemni, qualem jus exegit in supremis voluntatibus ante inductum codicillorum usum: vel, quod idem est, peractam ex præscripto, & regulis juris, quæ sunt de testamentis ordinandis. Sic, ut dixi, testamentum dicitur *jure factum* in *L.* 1. *D. de injust. rupt. test.* Sic *justæ nuptiæ*, quæ secundum præcepta legum cojerunt inter conjuges. *Inst. de nupt. in pr.* Hæc vero nota sententiam efficit maxime testamenti propriam, & præcipue codicillos removet. Nam codicilli, uti initio recepti sunt, nullam solemnitatem juris desiderant, ut est in §. *ult. in fin. Inst. de codicill.* Nec metuemus cum Accursio, ne adhuc definitioni desit, heredis institutio. Nam, si in sollemnibus, & ordinatione justa testamentorum recte numeramus omnia, quæ ad ordinanda testamenta necessario pertinent: maxime his verbis iustitutio heredis comprehensa est. Nihil enim tam necessarium ad vim testamenti, quam institutio, sine qua nihil in testamento scriptum valet. *L.* 1. *in fi. D. de vulg. & pup. subst.* Eademque dicitur caput, & fundamentum testamenti. §. *ante*, *Inst. de legat.* Qua re una maxime distat testamentum a codicillis. Hi enim, ut paulo ante dixi, non modo non desiderant heredis institutionem: sed ne admittunt quidem, *d.* §. *ultim. Inst. de codicill.* Quam autem superiora duo non conveniant codicillis eoque & hos a testamento sejungant, facilius, natura horum cognita, intelligetur. De quo in codicillis dicetur amplius.

III. Ergo, ut testamentum valeat, & eo deferatur hereditas, ut volumus, justum esse oportet. Et justum id, cujus factio, atque ordinatio est ex præceptis, & regulis juris, quæ sunt de testamentis ordinandis. Hæc ordinatio jure constituta duplex. Nam in quibusdam personis adstricta est certis legibus: in quibusdam libera concessa. Adstricta est jure communi in paganis, id est iis, qui milites non sunt, ut paganos a militibus distinguimus; *L. ult. C. de inoff. test.* item in militibus

sunt (Facit *L.* 6. §. 3. *L.* 8. §. 2. *de jur. codicill.*) & quia late hæc testamenti acceptio. Probatur *L.* 1. §. 2. *de tabb. exhib.* & probat Andr. Gerhard. *Exerc. Justin. Decad.* 7. *Q.* 2. Sed lata hæc acceptio ex *d.* §. 2. minime elici potest. Diversa namque sunt pertinere ad caussam testamenti, & illius appellatione contineri. Ad caussam testamenti pertinent codicilli, *d.* §. 2. quando testamento confirmati vires ex eo capiunt. *L.* 3. § *ult. de jur. codicill.* & pro ejus parte habentur. *L.* 14. eod

5) Vid. Cujac. 3. *Obs.* 5. & 6. *Obs.* 16. Briff. *de Adult* *C.* 6. Duar. *ad eum Tit. D. C.* 2. Rev. 4. *Var.* 16. Ferron. 1. *Animadv.* & *Var. Lect* 9.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

bus extra castra degentibus. Libera data solis militibus, & his io expeditinnum laboribus occupatis. *Inst. de mil. test. in princ.* & §. *sed hactenus.* Hioc [6] testamentum ab ordinatione justum duplex natum; id, quod lit jure communi, qund *vulgare* licet dicere: & *militare*, qund valet ex privilegio militum. Genera, nt re, ita distinctis Titulis notata, & exposita & in Pandectis, & in Codiçe, & in Iostitutionibus.

IV. Quodcunque testamentum est jnre communi, seu quæcunqne hoc jnre testandi potestas est, ea permissa est legibus certis, ut est in *L. testandi*, *C. de testament.* idest permissa certis conditinnibus, & certis præstitutis rebus, qnas in testamento faciendn ad vim testamenti observare oporteat; quarum una aliqua nmissa, testamentum non sit, quia non sit justum. Nam, ut adiicitur in *d. L. testandi*, sic sunt eæ res præscriptæ: nt in his jurisdictinnis mutare formam, vel juri pnblico derogare nulli permissum sit. Hæ leges, atque observationes tribus in rebus versantur: in persona testantis; in testandi modo; in rebus, quas testamento caveri nportet.

V. In persona testantis quæritur is, qui testamentum facere pnssit. Non enim omnes jure pnssont. Io testandi modn, ut adhibeantur extrinsecus ea solemnia testationis, quæ jus jubet. In rebus testamenti, ut, si quis liberos habet, aut sine liberis parentes: det operam, ut eos ante nmnia heredes institnat, aut rite exheredet. Similisque quædam in fratribus honorandis, si quis nec liberos, nec parentes habeat, nbservatio est. Si hos nnn habet, ant eos exheredat: in primis sibi instituat heredem, qood est, nt dixi, capnt, & fundamentum nmnis testamenti. *d. §. ante, de legat.* Tnt locis, & generibns rerum vis testamenti continetur. Quæ eadem propterea animadvertere possumus distinctis Titulis ordioe tractata esse in hnc argumento cum in Pandectis, tum in Codice, atqne Institutionibus, ntpnte ad vim, & jus testameoti pertinentia. De quo ante omnia statuendum est iis, qui qnærant, an testamento hereditas delata sit: quando neque hæc, neque aliud quidquam testamento defertur, nisi justo, & eo quod jure valeat.

CAP.

6) Vult. *pr. I. h. n.* 21. summam esse distributionem testamenti in *justum* civis Romani, & *injustum* peregrini, quod non omnino nullum (quale id, quod non juxta regulas juris factum); sed in sua Republica potest esse justum, &c. Diss. Gedd. *in L.* 221. *de V. S. n.* 4.

CAP. V.

Qui testamenta facere possint. Omnes posse qui non prohibentur. Prohiberi alios conditione ipsa personæ: alios, quia destituantur iis rebus, quas desiderat testamenti factio: quosdam ob delictum. Qui in superiori numero habeantur. Hæc an in testatore fuerint, tempore testamenti spectari. Incidentia postea, recte testato nihil nocere, præterquam si testator deportatus postea, vel arrogatus fuerit, & cur.

Testamentum facere possunt quicunque non prohibentur. I.
An quis testamentum facere possit tribus ex rebus æstimandum. II.
Testamentum facere possunt soli cives Romani. III.
Non servi, neque captivus, neque obsides. IV.
Neque deportati. V.
Cur isti non referantur in eorum genus, qui, quod bona non habeant, testari non possint. VI.
In eo, qui testatur tria requiri, & quæ illa sint. VII.
Filiusfamilias testari non potest, ne consentiente quidem patre, nisi de bonis castrensibus, & quasi castrensibus. VIII. IX.
Testamentum facere non potest furiosus, aut mentecaptus, nec prodigus, nec impubes, neque is, qui de statu suo dubitat. X.
An mutus, surdus, aut cæcus. XI.
Testari non potest, qui incestas, vetitasque nuptias contraxit, neque ob carmen famosum damnatus. An qui adhibitus ad Testamentum signa sua recognoscere noluit. Intestabilem esse quid sit. XII.
Testamenti factio necessaria testatori eo tempore, quo fit testamentum. Quid si postea vel cœperit, vel desierit habere. XIII. XV.
Regula, rem gestam vitiari, cum in eum casum inciderit, a quo incipere non poterat, quo pertineat. XIV.

I. ET ex superioribus illis locis tribus propositis primus hic est in quæstione de vi testamenti, ut quæratur, qui testamenta facere possint. Quod recte præcipit Cajus in *L. 4. qui test. fac. poss.* ex natura sumptum. Frustra enim laboretur deinceps in testamento rite ordinando, si is, qui testatur, testamenti factionem [1] ex sese non habeat. Quem & ordinem in Pandectis, & Codice recte observatum videmus. Omnes testamentum facere possunt, qui [2] non prohibentur. Et generaliter (ut alias sæpe monuimus) cum quæritur, quid cui liceat, ita definien-

1) Activam scilicet. Nam & qui non condere potest testamentum, sed ex eo capere, testamenti factionem habere dicitur *L. 16. h. t.* scilicet passivam, ubi & testamenti factio cum eo esse dicitur. §. 6. *I. de testam.* ubi Hat. aliam esse integram, aliam dimidiatam, & imperfectam. Vid. & Vult. *ibid. n. 8. & in pr. I. quib. non est perm. n. 3.*

2) Licet regulam hanc tradat Gloss. *in L. 4. D. h. t.* cuivis licere testari, qui non prohibetur, quam communiter sequuntur, referente Simone de Praetis *Lib. 2. de Interpr. ult. volunt. Interp. 1. Dubit. 1. Sol. 4. n. 34. & seq.* Danth. de *Testam.* n. 130. mihi tamen omnino videtur, testamenti factionem esse ex genere permissorum, ut regula constituenda sit: Quibus non est concessa testandi facultas generaliter, vel specialiter, eis prohiberi. Argumentis sequentibus utor. I. Rubrica *Inst. quibus non est permissum*; non ita: *quibus est prohibitum.* II. Lex XII. Tabb. tribuit, & dedit hanc facultatem. *L. 120. de V. S.* Legis igitur beneficio habetur. Nulla lex XII. Tabb. ut emere, locare, mutuari, &c. liceat. III. Hoc probat *L. 3. h. t.* etiam ex ipsius nostri expositione. Vid. *infra* Not. 11. IV. Quod peregrini, deportati nec testari, nec heredes institui possunt, non inde est quia lex aliqua, seu peculiaris sanctio Quiritium aperte vetat: sed quia lex illa XII. Tabb. scripta solis civibus Romanis. *Paterfamilias* enim nomen civile est, non naturale. V. Hinc omnino, non alia caussa est, cur filiusfamilias testari nequeat, quia lex XII. Tabb. de patrefamilias loquitur; 1. *ad Her. p. m. 9.* non, ut noster, defectus bonorum, quia & cui nihil in bonis est, & obæratus testari potest (cum & *hereditas* dicatur quæ solvendo non est: *L. 3. pr. ad Leg. Falc. L.* 119. de V. S. *bona* non item, *L. 83. de V. S.*) non, ut Voud. 1. Q. 2. Treutl. *Vol. 2. Disp. 20. Th. 2.* potestas, cui subest. Nam uxor olim, quæ in manum viri conveniret, in mariti erat potestate patriæ non absimili. Et tamen testamenti condendi illi jus erat, Ulp. *Tit.* 20. §. 15. nimirum quia, licet esset loco filiæ, Boet. *in Top.* tamen vere materfamilias erat; Cic. *in Top.* & ita verbis legis decemviralis comprehensa. *L. 1. L.* 195. *pr. de V. S.* Quo facit, quod in *L. 19. h. t.* filiusfamilias dicitur, *non habere facultatem*, videlicet quia ei non data est: non raro dicitur prohiberi, seu adempta ei facultas. Certe quod de castrensibus suprema recte ordinat, non inde est quia mutata bonorum conditio, ut *vult* noster; & ita ratio prohibitionis cesset: sed quia nominatim hoc ei constitutiones Principum dederunt, *pr. I. h. t.* privilegii loco. *L. ult. pr. vers. sed prior. C. de inoff. test.* Igitur, nisi Principis auctoritas intervenisset, ne nunc quidem in castrensibus ei testari liceret. Dices. At Ulpiani ea ratio est. *Tit.* 20. §. 10. *Quia nihil suum habet.* Respondeo. Recte Wes. *in pr. I. quib. non est permiss.* vocalem, *suum.* referri non ad proprietatem bonorum, sed ad jus familiæ, quod testamento relinquatur

niendum est, omnia cuivis licere, non si leges permittant; sed si non prohibeant: *L. nec non*, §. *quod ejus*, *D. quib. ex caus. man. L. mutus*, §. 1. *D. de proc. L.* 1. §. *D. de testib.* ut omnis quæstio de hoc genere huc redeat, qui testamentum facere possint, quia non prohibeantur; aut non facere, quia prohibeantur. Et quod in Institutionibus hic Titulus sic conceptus est, *Quibus non est permissum facere testamentum*, sic accipiendum est, quibus non est permissum, dum lex indicat, se non permittere, seu dum his denegatur. Nam ad eos, qui prohibeantur testari, omnis eo titulo oratio collata est.

II. An quis testamentum facere possit, aut non possit, tribus ex rebus æstimandum est: conditione personæ; facultate earum rerum, quas fert testandi natura: & vita testantis. Tot enim res recte constitutæ, si concurrant, testamenti factionem tribuunt. Singulæ in contrarium versæ, adimunt.

III. Conditione personæ jure Romano civem Romanum esse oportet eum, qui testamentum facit, ut indicatur primo, & secundo Capite Legis Falcidiæ. *L.* 1. *D. ad Leg. Falc.* Quod de cive Romano dico, id quisque in sua gente, & natione de cive nationis suæ dictum intelliget.

IV. Cives Romani sunt liberi homines, qui sunt in orbe Romano, ut colligere est ex §. *ult. Inst. de libert.* juncta *L. in orbe*, *D. de stat. hom.* Itaque eorum, qui Cives Romani non sint, duo sunt genera: servi; & qui, libertate salva, civitatem amiserunt, ut deportati. §. *cum autem*, *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.* Proinde totidem eorum, qui conditione personæ testamenti factionem non habent. Ex priore genere [3] servi nostri. *L. filius familias*, *D. qui testam. fac. poss.* Item qui ex civibus [4] sunt apud hostes, qui & ipsi per id tempus sunt servi hostium. *L. ejus*, *D. qui test. fac.* §. *ultim. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. L. adeo*, *D. de acquir. rer. dom.* Item [5] obsides, nisi [5] si eis testari permittatur. *L. obsides*, *D. qui test. fac. poss.* Sunt enim obsides, qui publicæ fidei firmandæ caussa dati sunt ab hostibus, ut, nisi qui dederunt, stent promissis, dedantur obsides potestati eorum, quibus dati sunt. Id, quod genus quoddam servitutis esse, apparet.

V. De [7] deportatis, qui in altero genere sunt, jus certum est, etiam hos testamentum facere non posse. *L. ejus*, §. 1. *D. qui test. fac. poss.*

VI. Poterant quidem hi omnes ad sequens genus referri, & numerari inter eos, qui bona non habent, de quibus testentur. Nam nec servi quidquam suum habere possunt: §. *item vobis*, *Inst. per quas pers. nob. acqu.* & deportati damnatione ipsa bona amittunt, saltem hactenus, ut de his testari pro arbitrio non possint. De quo plura infra Cap. XVI. quo loco & damnatorum testamenta, etiam eventu irrita fieri, docemur, nedum ab initio consistant. Sed, cum duæ res istos summoveant, status personæ, & quod bonis careant: potius est in his conditionem personæ spectari. Quæ ejusmodi est: ut, si quis his bona concesserit, tamen satis conditione prohibeantur, quominus testari possint. Et vero, an aliqui ex his bona habeant, dubitari potest in captivis, & ob-

3) Unus tamen casus apud Ulp. *Tit.* 20. §. *ult.* Servus publicus pro parte dimidia testamenti condendi jus habet. Quod specialiter eis beneficii loco datum, eo colore adhibito, ut servus, qui nec nomen, nec personam habebat, adsumeret nomen magistratus ejus, cui ministrabat. Et Leo Novel. 38. servis Principis plenum rerum suarum arbitrium morientibus dedit. P. Pithoe. *in Not. Tit.* 5. *Coll. LL. Mosaic.* Vult. *in* §. *ult. I. h. t. n.* 3. Vid. & Cujac. 17. *Obs.* 26. Caeterum servis æquiparantur monachi, post professionem religionis facta æque intestabiles. *Auth. ingressi*, *C. de SS. Eccl.* Mathaus. *Lib.* 2. *Epit. legal. C.* 2. *n.* 25 Vid. Simon de Praet. *Lib.* 2. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Sol.* 6. *n.* 73. & *seq.* Vasq. 3. *Ill. Contr.* 102.

4) Ratio dubii in jure postliminii. Ratio decidendi in regula Catoniana Vid. Rot. *in* §. *ult. I. h. t.* Vult. *in pr. I. h. t. n.* 2. A. Fab. 2. *Jurisp.* 21. *Pr.* 7. *Ill.* 10. Pictonis, inquit, postliminii potestas non ut apud hostes factum, censeatur factum in civitate. sed ut nec unquam, qui redit, apud hostes fuisse existimetur. Et parum subtiliter dant rationem decidendi, quia requiritur, ut utroque tempore habuerit testamenti factionem testator. Id enim est de testatore, qui aliquis est · hic autem captivus, & servus hostium eo tempore pro nullo est. Ita Faber. Caeterum aliud est in captis bello civili, & inter Christianos. Vid. *not. supra Lib.* 2. *c.* 9. *n.* 12. Covarr. amplius *in C. peccatum*, *de R. I. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 19. *n.* 5. nec captos quidem ab infidelibus amittere jus testandi, contendit, & Alvar. Valasc. *Tom.* 1. *Consult.* 30. *n.* 9. Ac captivis generatim testamenti factionem tribuit *Novell.* Leonis 40. Item aliud est in captis a latronibus. *L.* 13. *pr. h. t.* ubi ratio, *cum liberi maneant*, non est inconveniens, quia ei & in filiofamilias locus, uti Gloss. Bart. & DD. referente Lopez. Nam arguit ibi ICtus a deficiente ratione prohibitionis, seu a natura oppositorum. Greg. Lopez. *Animadv. C.* 18. *n.* 3.

5) Ita & Duar. *h. t. C.* 2. Cujac *in d. L.* 11. (quia inquit, si Romæ bona habeant, ea fiscus occupat) & A. Gentil. *Lib.* 2. *de Jur. belli*, *C.* 19. Obrecht. *Disp.* 20. *Th.* 49. Sed Lopez. *Animad. C.* 18. *n.* 8. & 9. intelligit obsides non acceptos, sed datos a Romanis, (1) quia de illis nulla nova, & specialis dubii ratio. Arcentur enim ratione generali, quia peregrini. (2) In his ratio est, quod sint, quasi servi, in hostium potestate. ut, si non servetur fides, necari possint.

6) Dato videlicet usu togæ. *L.* 32. *de jur. fisci*, Donell. noster *ad Rub. C. h. t. n.* 5. Cujac. *in d. L.* 11. A. Fab. 2. *Jurispr.* 21. *Pr.* 2.

7) Quia omnino ἀπόλιδες, & nullius civitatis cives Cujac. *in L.* 2. & 3. *h. t.* Item damnati pœna capitali, *d. L.* 8. §. *ult.* quia servi pœnæ fiunt. Vid. *not. infra Cap.* 16. *n.* 11.

& obsidibus, cum redierint, eum hoc casu perinde habeantur, quasi semper in civitate mansissent. De quo postea in extremo.

VII. Facultas testationis, ut jus de testatione constitutum est, ipsis verbis legis, & sponte sua in eo, qui testatur, tria desiderat: bona; judicium mentis; voluntatis declarandæ facultatem. Bona, quia potestas testandi ita data est lege: ut testetur, & leget quisque de re, & pecunia sua. *L. verbis legis, D. de verbor. signific. L. testandi, C. de testam.* Judicium mentis, quia ipsum testamentum nihil, nisi sententia est voluntatis nostræ, & testatio mentis. *L. 1. D. qui testam. fac. poss. Inst. de test. ord. in princ.* Voluntatis declarandæ facultatem, quia, ut nihil aliud, certe testamentum testatio est, unde & nomen habet. *d. Tit. de test. ord. in pr.* Hoc autem ipsum *testari* nihil aliud est, quam voluntatem suam edere testato: ut si quis hoc non possit facere vel lingua, vel scripto: hujus non possit ulla esse testatio. Quare, si quid harum rerum deerit testanti: satis vel verbis legis, vel natura testationis testamentum facere prohibetur.

VIII. Hinc in hoc genere tres ordines eorum qui testamentum facere non possunt. Primus eorum, qui bona non habent, etiamsi maxime sint cives Romani. In [8] hoc numero filiifamilias, qui jure vetere in bonis nihil habuerunt. *§. 1. Inst. per quas pers. L. 1. in princ. D. si a par. quis fuer. man.* Qua de caussa nec testamentum facere potuerunt. *Inst. quib. non est permiss. fac. testament. in pr.* Post excepta peculia castrensia, & quasi castrensia, quæ filiisfamilias, tanquam proprium patrimonium, attributa sunt. *L. 1. §. nec castrense, D. de coll. bon. L. 2. D. de S. C. Maced.* Ideo & mutata bonorum conditione, etiam filiosfamilias de his, ut suis bonis, testari posse, placuit. *d. Tit. quib. non est permiss. in pr. §. sed hactenus, & §. ultim. Inst. de mil. testam. L. ultim. C. de inoffic. testament.* Castrense peculium definitur in *L. castrense, D. de castrens. pec.* Quasi castrense est quidquid filiisfamilias quæsitum est ex administratione, aut opera publica, magistratibus, judicibus, assessoribus, advocatis, patronis, bonarum artium professoribus, & similibus, qui commemorantur in *d. L. ult. C. de inoffic. testam.* Postea constitutionibus Justiniani etiam adventiciorum omnium proprietas data est filiisfamilias, ususfructus tantum relictus patri. In plerisque etiam caussis ne ususfructus quidem, sed solida proprietas filiis constituta. *L. cum oportet, & Authenticis ibi insertis, C. de bon. quæ lib.* Post quas constitutiones consentaneum videri poterat, licere filiisfamilias & de adventiciis testari, tanquam de re, & pecunia sua, quod cuique liberum esse, lex duodecim Tabularum voluit. *L. verbis de verb. sign.* Sed [9] placuit, non licere, adempta nominatim filiisfamilias de his bonis testandi facultate in *L. pen. & L. ult. C. qui test. fac. poss.* Neque hæ constitutiones adversantur Legi duodecim Tabularum. Adversarentur, si placeret, adventicia omni ex parte filiorumfamilias esse propria, tum de his testamenti factio denegaretur. Sed data hæc sunt filiisfamilias cum hac exceptione, ne de his testari possent; & hactenus placet, non magis illorum esse propria, quam ante. *d. L. pen. & ult. C. qui test. fac. poss. L. ult. §. filiis autem, C. de bon. quæ lib.* Unde evenit, ut in peculio profecticio, & adventicio semper filiusfamilias

8) *L. 3. C. h. t.* Obiic. Atqui obligari possunt. Respondet Donellus noster *ad d. L. 3. n. 2.* Si acquirit filiusfamilias, non est necesse, ut quidquam antea in bonis habeat: ut autem obligetur, satis ex ipsius persona. Vult. *pr. I. h. t. n. 7.* respondet: quia lex XII. Tabb. loquitur hic de patrefamilias, quæ in contrahendo non distinguit. Et recte.

9) Consentiunt in hac quæstione Duar. *h. t. C. 2. f.* 317. *col. 1.* Connan. *Comm. 2.* Cujac. *in L. 6. h. t. & in Nov. 107. & in Paratl. C. de bon. quæ lib.* Covarr. *in Rub. extr. de testam. P. 3. n. 18.* Vachie. 5. *Contr.* 94. Vult. *pr. I. h. t. n.* 21. Bocer. *Lib. 1. de Jure belli C.* 12. *p.* 83. *& seq.* Dauth. *de Testam. n.* 154. *& seq.* Godd. *de Contr. stip. C. 7. Concl.* 5. *n.* 48. Bronch. 5. *Ass.* 21. Diss. præ cæteris Vasq. 1. Q. 1. his argumentis, (1) quia, si de his testetur, nullum inde patri præjudicium. Respondeo. Non ea ratio est negandi testationem filiofamilias, quia patri præjudicium sit allatura (Quidni enim patri id remittere esset integrum? *L. 46. de pact.*): sed quia lex non dedit. (2) Quia filiusfamilias de rebus, quas ex secundo patris matrimonio lucrifecit, testatur. *Nov.* 22. *C.* 26. Respondeo. Perlegi, expendi, nihil tale reperi, nihil, ex quo elici possit. (3) Per *Nov.* 117. *C. 1. §. 1.* Respondeo. Cujac. *ibid.* Duar. & Vult. *dd. loc.* Vigl. *in pr. I. h. t. n.* 16. aliique tenentur, in Græco authentico haberi non διατίθεσθαι, sed διοικεῖν, quod *administrare* significat, & dispositionem inter vivos. Acrius tamen obstat *L. ult. §. 5 vers. filiis autem, C. de bon. quæ lib.* ibi, *his duntaxat casibus, &c.* Respondent quidam, corrigi *d. §.* 5. per *L. pen. C. qui test. fac.* Bronch. *d. Ass.* 21. Sed Vult. *d. n.* 12. declarari tantum, & per illa verba *d. §. 5. in quibus ususfructus constitutus non est*, periphrasin tradi adventitiorum, quæ regulariter ejus naturæ. Quæ si in nonnullis casibus mutatur: uti non desinunt adventitia esse; ita nec quod adventitiis consequens mutabitur. Alii aliter, ut & Donell. noster *ad L. 3. C. h. t. n.* 7. Connan. 9. *Comm.* 4. *n.* 5. Puto ego, *duntaxat*, ibi accipi posse pro *saltem* (qua voce vulgus perperam pro *solum* abutitur. Goclen. *in Obs. Lat. Linguæ, p. pr.* 216.), vel *certe*, ut sit vocula non exclusiva, sed ἐπιτατικὴ, sicuti in *L. 29. § 10. de lib. & posthum. & L. 100. de verb. sign.* ut ita adventitia, quorum solida proprietas est filiifamilias, non excludantur, sed omittantur, tanquam de quibus illic sermo non erat institutus. Proinde quid in illis juris, ex aliis locis, ut *d. L. pen.* & juris ratione petendum.

Digitized by Google

lias decedat intestatus: in castrensi autem, & quasi castrensi ita, si de his pro potestate testatus non sit. Quæ res faciebat olim, ut, ita intestato filiofamilias mortuo, pater omnia ejus peculia, non ut hereditatem, sed ut peculia, id est bona sua, occuparet etiam castrensia. *L. 2. D. de castr. pec.* Quod & significatur *Inst. quib. non est permiss. in pr. vers. itaque.* Novis constitutionibus Justiniani etiam hic filiofamilias intestato hereditas data est, in qua placuit & aliam successionem esse, quam ut bona statim ad patrem pertinerent. De quo, comprehensum est in *Auth. defuncto, C. ad Tertyll.* Sed de eo dicetur postea suo loco in successione intestati.

IX. Quid, si filiusfamilias de peculio profecticio, aut adventicio testetur, consentiente patre? Movet dubitationem, quod liceat unicuique consensu suo deteriorem conditionem suam facere. *L. pactum, D. de pact.* Et [10] placuit, quamvis pater permittat, nihilo magis filiumfamilias jure testari posse. *L. qui in potestate, D. qui test. fac. poss. in pr.* An, quod suprema judicia ex alieno arbitrio pendere non debent? *L. illa institutio, C. de her. inst.* Non opinor. Tunc enim recte dicuntur ex alieno arbitrio pendere, cum ex hoc arbitrio pendet, utrum postea voluntas defuncti exitum habeat, an non habeat, ut cum constituitur heres, quem Titius volet, ut est in *d. L. illa institutio.* Quod non fit, cum, alieno arbitrio, & consensu præcedente, quis testatur, si jam inde supremum judicium ratum habetur, quia retractari consensus non potest. Sed potius illa ratio est, quod testamenti factio non privati, sed [11] publici juris est, ut est in *L. 3. D. qui test. fac. poss.* id est jure publico ita permissa est, non ut sit libera, & in potestate cujusque: sed ut adstricta certis legibus, & observationibus. *L. testandi, C. de testam.* Quas observationes, cum jubeantur lege: derogatur juri publico, si consensu privatorum has liceat non servare. Nulli autem juri publico derogare concessum est. *d. L. testandi, L. jus publicum, D. de pact.* Jam vero inter eas leges una est hæc in conditione testantium, ne filiusfamilias testamentum faciat.

X. Secundus ordo ex hoc genere est eorum, qui certo judicio testari non possunt, sive quod his judicium deest vel propter animi [12] morbum, vel propter ætatem: sive quod obstat his error aliquis, aut ignorantia juris sui. In hoc numero sunt hi: ab animi morbo [13] furiosus, mente captus, [14] prodigus: ab ætate [15] impubes; ab ignorantia juris sui ii, qui

10) At mortis causa donare voluntate patris potest filiusfamilias *L. 25. de mort. caus. don.* Discrimen unde? *Zas. ad L. 1. de legat.* 1. n. 5. quia actus morientium non ita possunt pendere ab arbitrio alieno, ut vivorum; & P. Greg. 11. *Synt.* 8. n. 19. Quæ ratio non recte accommodari hic potest, ut noster ostendit. Et refellit Connan. 9. *Comm.* 4. n. 3. quia actus non suspenduntur præteritorum accessione, sed expectatione futurorum; & Danth. *de Testam.* n. 190 Moll. 5. *Sent.* 59. n. 2. quia donationes hæ magis ad contractus, quam ad supremas ordinationes naturam accedunt. Ratio hæc generalis nimis Loriot. *de Tut. Ax.* 89. & *seq.* Illic, ait, pater ipse donare videtur: hic non itam. Neque enim alius pro alio testatur. A. Fab. 1. *Jurisp.* 12. *Pr.* 7. *Ill.* 69. agi in *d. L.* 25. de donatione peculii profectitii, quod magis est patris, quæ, si fit a filio patris consensu, intelligatur facta ab ipso patre in casum mortis filii, *Arg. L.* 11. *de mort. caus. don.* Et ita non tam filii, quam patris ultimam voluntatem censeri. Aliter Popp. ab Aexema 2. *Dissert.* 14. Recte Vult. *pr. I. h. t. n.* 8. legem XII. Tabb. in donatione causa mortis non requirere patremfamilias, ut in testamentu. Et Vigl. *ib. n.* 8. Connan. 9. *Comm.* 4. n. 4. Hot. *ibid.* donationem illam non æque esse juris publici. Quæ autem juris privati, privatorum pactiones admittunt. Confer. *not. supra* n. 2.

11) Ita & Donell. noster *ad L. 3. C. h. t.* n. 3. Chasond. 1. *Verisim.* 10. Cujac. *in d. L.* 3. testamenti factionem esse quidem actionem privatam; sed regi jure publico. Publici juris, non quia ad statum reipublicæ spectet: sed quia a jure publico pendet, nec in potestate est privatorum; Pac 5. Q. 85. seu quia non privata facultate, sed jure elargito, testamur, ac disponimus in id tempus, quo domini non sumus. A. Gent. 4. *Lect.* 8. Alio autem sensu Cic. *pro Cæcinna, & Phil.* 2. accenset privatis actibus. Ludit itaque fallacia homonymiæ Vaud. 1. Q. 1. rationem hanc in filiosfamilias rejiciens, imo retorquens, quia, quoad jus publicum filiusfamilias non sequatur jus patriæ potestatis. Labiturque Rev. 6. *Var.* 12. lapsum Triboniani vel librarii notis, aut verborum transpositione decepti incusans, quasi Papinianus scripserit, *non publici, sed privati juris est.*

12) Non autem impedit adversa corporis valetudo, *L. 2. L. 17. h. t.* nec senectus. L. *senium*, 3. *C. h. t.* Imo semianimis, & in agone fere constitutus testari potest per *L.* 15. *C. h. t.* ibi, *seminecis, & balbutiens lingua.* Vid. Const. Elect. Sax. 5. *P.* 3. & ibi Moll. & Simon. de Pratis *Lib.* 2. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 1. *Dubitat.* 3. *fol.* 4. n. 23. & *seq.*

13) *L.* 18. §. 1. *D. L.* 9. *C. h. t.* Potest autem tempore intermissi furoris, si habeat clara intervalla, *d. L.* 9. Duaren. *h. t. C.* 2. Facit huc exemplum Val. Max. *Lib.* 7. *C.* 8. potest & qui rudioris, & hebetioris sensus est, testari. Duar. *d. C.* 2. Vigl. *in* §. 1. vers. *item furiosi, I. h. t.* n. 2. Danth. *de Testam.* n. 220. Quod a judicante æstimandum. Thesaur. *Decis.* 92. ubi *n.* 4. vult, considerari debere, an plus, an minus judicii ei sit, quam impuberi. Vid. Simon de Pratis *Lib.* 2. *de Interpr. ult. volunt. Sol.* 4. n. 21. & *seq.*

14) *L.* 18. *h. t.* Idque ne heredes extraneos instituant, leves, & indignos homines, exclusis legitimis, quos oderunt, quippe eorum opera bonorum suorum administratione prohibiti. Connan. 9. *Comm.* 4. *n.* 11. Levis autem videtur ratio Cujac. *ad L.* 169. *de V. S.* quia non possunt prodigi per æs, & libram familiam mancipare, cum eis ære, commercioque interdicatur. Hoc certe est (ut ipsius Cujac. verbis utar) minutias juris, & captiosa verba sectari. Si autem probe prospiciat posteritati suæ, valet elogium, non obstante interdictione. *Novell. Leon.* 39. Cujac. *ad L. 6. de V. O.* Quatenus enim prodigus salubriter & sanorum hominum more vult, eatenus recte velle censendus est. An autem meretrix testari potest? Quod affirmatur ex his, quæ not. *supra Lib.* 3. *Cap.* 18. n. 4.

15) *L.* 5. *L.* 19. *D. L.* 4. *C. h.* Et hic quoque feminæ biennio masculis citius testantur, *d. L.* 5. quia & citius perfectionem sexui suo congruentem consequantur, Duar. *h. t. C.* 2. Olim autem testandi incapaces mulieres fuisse, probat Vigl. *in pr. I. h. t. n.* 4. Et hinc dubitatum, an eunuchis liceat facere testamentum, *L.* 5. *C. h. t.*

qui [16] de statu suo dubitant, idest dubitant, liberi sint, an servi, in potestate patris, an sui juris. De quatuor prioribus est in §. *præterea*, *& duobus seqq. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* de quinto in *L. qui in testamento*, *& L. de statu. seq. D. qui test. fac. poss.*

XI. Tertius ordo ex eodem genere est eorum, qui quod sentiunt testari non possunt, aut non possunt commode. In quo genere [17] mutus, & surdus, item cæcus. Quibus quid liceat, aut non liceat in testamenti factione, quibusdam constitutionibus cautum est. De surdo quidem, & muto in *L. discretis*, *C. qui test. fac. poss.* de cæco autem in *L. hac consultissima*, *C. eod. unde* §. *item surdus*, *&* §. *cæcus*, *Inst. eod.*

XII. Vita testantis, quantumvis turpis, & notata ob delictum, nunquam testanti obstat, si cætera concurrant, nisi [18] cum lege ita notata est: ut, qui deliquit, nominatim prohiberetur testari. Quod constitutum est in iis, qui vetitas, & incestas nuptias contraxerunt. *L. si quis incesti*, juncta *Auth. incestas*, *seq. C. de incest. nupt.* Sunt & qui ob delictum jubentur esse intestabiles. Quod eamdem vim habet. Hoc enim eo pertinet, ut intestabilis esse jussus, nec ad testamentum adhiberi possit testis, nec testimonium ei dici. *L. cum lege*, *D. qui test. fac. posse.* Proinde nec ipse testamentum facere, quod sine testibus non peragitur. *L. is*, *cui*, §. *ult. D. eod.* Legimus autem, una in caussa hanc pœnam statui damnato, si quis nimirum ob carmen famosum damnetur. *d. L. is*, *cui*, § *ult. L. ob carmen*, *D. de testib.* Theophilus in §. *testes*, *Inst. de test. ordin.* refert, etiam legibus intestabilem fieri eum, qui adhibitus ad testamentum signa sua recognoscere noluit. Sed nusquam lex, aut prohibitio exstat in libris nostris. Proinde, etiam si fuit aliqua, tamen ea oti hodie in judiciis non possumus, vetante Justiniano quidquam pro jure proferri, quod in libris de jure ab ipso compositis relatum non sit *L. 2.* §. *hæc igitur*, *&* §. *seq. C. de. vet. jur. enucl.*

XIII. Atque hæc sunt, quorum singula spectanda sint in persona cujusque ad testan-

h. t. non quia testes non habent, quos testamentum requirit, ut Accursius nugatur: sed quia non pubescunt; Paul. 3. *Sent.* 4. §. 2. & quia nec viri, nec mulieres, sed tertium hominum genus habiti, Lampr. *in Severo*, Valer. Maxim. *Lib.* 7. *C.* 7. Duar. *d. C.* 2. *fol.* 319. Ant. Aug. 3. *Emend.* 5. tametsi Cujac. 17. *Obs.* 24. per *eunuchos* in *d. L.* 5. velit significari cubicularios principis, ut etsi servi sint, habeant tamen testamenti factionem. Quod non puto. Vid. idem *ad L.* 128. *de V. S.* Excipiebantur olim Vestæ virgines, quæ statim, ac in atrium Vestæ ductæ, e sacris paternis exeuntes, jus testandi habebant, cum tamen minorem seu, majorem decem annis capi nefas esset. Agell. 1. *Noct.* 10. Connan. 9. *Comm.* 4. n. 10. Et Constantinus impuberibus cælibatum profitentibus jus testandi dedit in ingressu religionis, ut ex Sozom. *Lib.* 1. *C.* 9. probat Cujas. 17. *Obs.* 36. Quod sustulit Leo *Nov.* 6. ut ibi notat Goth. Et olim poterant, si tribunatum numerorum merebantur. Quod sustulit. *L. ult. C. de testamen. mil.* Vid. *not. infra c. ultim. n.* 8. Cæterum tutore auctore pupillus testari potest. *L.* 1. §. 1. *de tut. & rat. distr.* Rationes vid. apud. Hot. *in* §. 1. *I. h. t.* Gudd. *in L.* 20. *de V. S. n.* 6. Denique, cum impubes ratione naturali prohibeatur, ne Principem quidem contra dispensare posse, vult Thesaur. *Dec.* 87. Minor autem testari potest. *Text. L.* 4. *C. h. t.* etiam absque curatore. *L.* 77. §. *curatoris*, 14. *de legat.* 2. *L.* 20. §. 1. *de liberat. legat.* Nec enim periculum est, ne decipiatur, cum possit revocare quando libet. Unde in testamento non est locus restitutioni in integrum. Quod significat *L.* 20. *de V. S.* Si tamen dolo inductus, præteritis legitimis, instituerit extraneos: contra inducentes his est actio de dolo. *L.* 88. §. 4. *de legat.* Duar. *h. t. C.* 2. Vid. & Tiraq. *post LL. Connub.* 5. *n.* 72. *& seq.* ubi & n. 94. *& seqq.* tractat, an Statuto effici possit, ne alicui sine consensu alterius (ex gr. uxori sine permissu mariti) testari liceat.

16) Præsenti videlicet, non futuro. Nam reus criminis postulatus, ante condemnationem rite testatur. *L.* 9. *L.* 13. § *ult. h. t.* Ratio autem videtur, quia aut qui servus est, se liberum putet, & jus opinione sua falsa non mutat; aut qui liber putat, se servum esse, &, quia opinatur, se facere contra legum præcepta, mens ejus improba est. Quod si pendeat animi: certus esse nequit de voluntate sua, an valitura sit; & id naturæ hujus ordinationis, quæ omnino certa esse debet, repugnat. Et hoc non pertinet tantum ad servos, qui se liberos ignorant: sed & ad filiosfamilias, qui se sui juris factos; deportatos, qui impetratam restitutionem nesciunt. Mercer. 1. *Opin.* 11. *in fin.* Simon. de Prætis *Lib.* 2. *de Interpr. ult. volunt Interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Solut.* 4. n. 89. Imo & cujus status suspensus est, testari nequit, ut si pater sit apud hostes, ac filius nesciat, an reversurus. *Text. in L.* 2. §. 3. *unde legitim.* vers. *quia nondum*; quem versiculum non opus est, ut Interpreti imperito adsignemus, cum A. Fab. 10. *Conject.* 8. *p.* 272. De statu tamen suo litigantes testari posse, contendit Mercer. 2. *Opin.* 28.

17) Justiniani autem constitutio dat factionem testamenti surdo muto, *d. L.* 10. ita facto, scilicet non nato. Ex ejus constitutionis scribit Cujac. *ad L.* 6. §. 1. *h. t.* vestigium esse in *L.* 21. *de legat.* 3. Sed recte Vigl. *in* § 3 *I. h. t.* accipit *d. L.* 10. *C.* & *L* 7. *D. h. t.* de eo, qui vel alterutro morbo laborat; vel si utroque sensu casu privatus, literas tamen novit, ut per eas animi sensa aperire valeat. Quomodo enim loquelæ expers, & literarum rudis preces enarrabit ad principem? *d. L.* 7. quomodo voluntatem patefaciet? Nutibus, dices, & signis. Quis vero, sodes, erit interpres harum gesticulationum? quis interpreti fidem habebit? In *L.* autem 21. *de legat.* 3. sermo est de eo, cui, cum loquelæ compos esset, augescente infirmitate, sermo interceptus, & ita non necesse est, verba, *nisi supervenisset*, *&c.* Triboniano cum Cujac. *d. loc.* tribuere. Vid. Jo. Dauth. *de Testam. n.* 192. *& seqq.*

18) Ex alia igitur causa infamis testari potest, & quia nulla lex vetat, & arg. *L.* 8. § 3. *h. t.* Duar. *h. t. C.* 2. *f.* 310. Et textus est in *L.* 1. *C. de sec. nupt.* ubi mentio testamenti mulieris nubentis intra annum luctus; quæ tamen infamis. Obtrecht. *Disp.* 20. *Th.* 170. *&* 3. *& seqq.* Dauth. *de Testam. n.* 265. Prohibentur autem, & jure Canonico usurarii manifesti. *C. quamquam*, 2. *in fin. de usur. in* 6. Vid. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* Quare in *C. lum* nus, 609. *extr. de usur.* ubi proponuntur bona usurarii ad extraneos devoluta, extranei forte apponuntur liberis, ut suis, non vero legitimis ab intestato venientibus. Quid de excommunicatis? Hos utramque testamenti factionem retinere, recte Vasq. 3. *Ill. Contr. C.* 102. *n.* 5. testatur de communi, (1) quia similes sunt relegatis. *Gl. in C. pastoralis*, §. *verum*, *de appell.* (2) quia non prohibentur expressim, (3) quia speciale est in excommunicato ob hæresin. Auth. *credentes*, *C. de hæret. C. excommunicamus*, 13. §. *credentes*, *extr. de hæret.* Dist. post alios Fachin. 5. *Contr.* 88. De hæreticis autem, quibus jus testandi non sit, Vid. Dauth. *de Testam. n.* 242. *& seqq.*

testandi facultatem. De quibus hoc jam in commune præcipiendum est, si ex his quæratur, an qui testamentum fecit, jus testandi habuerit: spectanda [19] ea esse eo tempore, quo quis testatur; non postea, ut, si quidem superiore aliqua caussa prohibeatur quis testamentum facere, & cum prohiberetur, fecerit: testamentum non valeat, quandocunque postea, quamvis mutata conditione, decesserit. Contra si tunc, cum testatur, in ea caussa fuit, ut testamentum posset facere: testamentum ita valeat, ut non infirmetur, quamvis in suprascriptam aliquam caussam inciderit. Ut puta, filiusfamilias, servus, pupillus furiosus testamentum fecerunt. Hoc non valebit, quamvis filiusfamilias sui juris, servus, liber, pupillus pubes, furiosus compos mentis factus decesserit. *L. si filiusfam. D. qui test. fac. poss. §. prætcrea, Inst. quib. non est permiss. fac. test.* Efficitur hoc regula Catoniana, quæ dictat, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret: id, quandocunque decesserit, non valere; *L. 1. D. de reg. Cat.* & (quod aliis verbis regula juris expressum est,) quod initio non valuit, tractu temporis non convalescere. *L. quod initio, L. quæ ab initio, D. de reg. jur.* Finge e converso, hominem puberem sanæ mentis, non surdum, non mutum, de re sua recte testatum esse. Non eo minus ratum manebit testamentum, quod forte furiosus, aut prodigus, aut mutus, & surdus esse cœperit, atque ita decesserit. *§. furiosi, §. item prodigus, Inst. quib. non est permiss. fac. test. L. is, cui. in pr. L. qui in potestate, §. 1. D. qui test. fac. poss.*

XIV. Non obstat quod alicubi traditum est, quæ ab initio recte gesta sunt, vitiari, cum in eam caussam inciderint, a quo incipere non poterant, ut *L. pro parte, D. de servit.* Hoc enim de rebus cœptis necdum perfectis dictum est, ut de stipulatione, quæ dationem rei promissæ adhuc expectat, quo ad exitum perducatur: ad res perfectas, & consummatas non pertinet, quale est testamentum ita factum, ut habeat ab initio res omnes, quas justi testamenti factio desiderat. De quo disserui fusius, ad *L. pluribus, 140. §. ult. D. de verb. obl.* Et habet hoc posterius manifestam rationem a natura ductam. Quod enim semel ab initio omni ex parte perfectum est, nullo eventu postea incidente fieri potest, quin perfectum fuerit, quoniam facta infecta nullo jure fieri possunt. *L. in bello, §. facti, D. de captiv.*

XV. Quod tamen dicimus, conditione testatoris superioribus casibus mutata, non eo minus consistere testamentum, quod ab initio perfectum fuerat: non eo usque producendum est, ut putemus, ad omnem personæ testatoris mutationem, quæ post testamentum recte factum contigerit, pertinere. Ad superiores tantum mutationes, de quibus modo dixi, pertinet, quæ scilicet, bonis testatoris, & statu personæ salvis, contingunt. Quod si ea mutatio inciderit, quæ auferat etiam bona testatori: placet, testamentum, quod rite perfectum erat, hoc casu infirmari, fierique id, quod dicitur irritum, non sane propter mutatam conditionem personæ: sed propter adempta bona, quæ qui non habet, aut non habet in sua potestate, is utique heredem habere non potest, qui in ea ex testamento succedat. Quod totum capitis minutione testatoris contingit. Sed cum ea mutatio omnis sit ejusmodi, qua testamentum irritum fiat; aitque hæc species una ex iis, quibus testamenta infirmantur: opportunius de hac parte tum dicemus, cum venerimus in eum locum communem, in quo de universa testamentorum infirmatione quæritur. Quamobrem in eum locum hanc partem rejiciemus.

CAP.

19) Obst. *L. 1. §. 8. D. de bon. poss. sec. tab* Duar. *h. t. C. 2. circ. fin.* respondet, verborum, *utroque tempore jus testamenti, &c.* sensum esse, quod non sufficiat tempus mortis, de quo ille quæsitum: non vero negari, sufficere tempus facti testamenti.

CAP. VI.

Quemadmodum testamenta fiant, seu quomodo, quibusve solemnibus ordinentur. In his solemnibus multa, & diligens cautio ad fidem testationis cur inducta a Romanis. Et de duobus generibus testamentorum publica fide ordinandorum, per preces principi oblatas, & apud acta cujusvis judicis.

Quare tam multa in testamento solemnia, cautiones, subtilitates jure civili requiruntur. I.
Testamenta fiunt vel publica, vel privata fide. II.
Fide publica quomodo III.
De testamento Principi oblato. IV.
De testamento actis insinuato. V.

I. UT ad vim testamenti pertinet testantis persona: ita proximo loco testandi modus. Sic enim jus est, ut proposui, ut[1] qui testamentum facere potest, idem certo modo, & certis solemnibus extrinsecus adhibitis testari debeat, quæ solemnia jus commune præscribit. Locus comprehensus his Titulis, D. *Qui testamenta facere possint, & quemadmodum testamenta fiant*: in C. *De testamentis, & quemadmodum testamenta ordinentur*: in Institutionibus, *De testamentis ordinandis.* Hic modus observatio est, & cautio certarum rerum ad firmandam testationis fidem pertinentium, quo certo constare possit, hoc esse testamentum defuncti, quod profertur. In quo genere multa[2] singulari jure a Romanis exacta sunt præter rationem aliorum omnium instrumentorum, & testationum, prope ad exactam, & extremam diligentiam, atque subtilitatem. Quod ille testatur querebatur apud Scævolam, *nimiam, & miseram diligentiam* vocans: in *L. Lucius*, 88. alias *L. Scævola*, §. *ult. D. de legat.* 2. Quod ne quis miretur ab illis factum esse, ratio reddita est a Justiniano in *L. ult.* §. *cum enim, C. de fideic.* ne quid hic scilicet falsitatis incurrat. Hoc præcipue cautum in testamentis, quia [a] huic peri-

1) Ita, ut vix quisquam sine juris-perito testamentum facere auderet. Cujac. in *L.* 1. *h. t.* per *d.* §. *ult.* Quærit Cujac. 14. *Obs.* 12. cujus regionis, vel civitatis leges, moresve in ordinando testamento servandæ? Respondet, non loci bonorum sitorum, nec ubi condidit testamentum (in quo diss. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 3. n. 17. *& seqq.*) sed patriæ per L. 9. C. *de testam.* *L.* 2. C. *quemad. test. aper.* & per Ulp. *Tit.* 20. §. 14. Cujus autem patriæ? Domicilii potius, quam originis.

2) Plutarch. *Lib. de Amore* prolis: *Arena*, inquit, *pulvis*, & *pennæ avium varias voces edentium, minore numero, quam qui alienas hereditates ambiunt.* Fraudibus itaque istorum heredipetarum, omni ætate, maxima cura obviam itum. Hinc actio, & judicium internecini (de quo in *L.* 14. *C. Th. de accusat.* Isid. *Lib.* 5.) in subjectores falso confecti testamenti, & necem domino illius machinatos. Unde & *internecinum* (vel, ut Hot. *internecivum*) testamentum, propter quod Dominus ejus hæreditatem acquirendi causa necatur. Fest. *Lib.* 9. Vid. Cujac. 1. *Obs.* 2. & Hot. 2. *Amic.* 2. Hinc illi veterum testationum ritus, quos, quia noster omittit, hic libet perstringere. Cognitio enim antiqui juris, præterquam quod jucunditate animum demulcet, suo usu non plane caret. Primis fere urbis, & juris Romani annis testamentorum duo erant genera, §. 1. *I. h. t.* Legibus XII. Tabb. antiquiora Connan. 9. *Com.* 1. I. tempore militiæ, quod procinctum, *ibid.* veteribus endo, vel *in procinctu* dicebatur, Cic. 2. *de Nat. Deor.* Ulp. *Tit.* 20. §. 2. Hot. *in d.* §. 1. cum viri ad prælium faciendum in aciem vocarentur, Agell. 15. *Noct.* 27. & mox manus conserturi in acie, priusquam togam præcingerent, ac clypeos reciperent, præsentibus commilitibus tribus, aut quatuor, heredem nuncupabant. Plutarch. in *Coriolano*, Theoph. *pr. Inst. h. tit.* Vid. de cingendi more Briss. 2. *Antiq.* 7. II. tempore pacis, & otii, *calatis comitiis*, dictis ab antiquo *calare*, quod a Græco, καλεῖν, vocare significat. Alex. 4. *Gen. dier.* 3. Rosin. 6. *Antiq.* 1. Vult. *pr. I. h. n.* 27. & ibi Vigl. *n.* 5. Connan. 9. *Comm.* 1. *n.* 4. Unde & *calendæ*; Briss. 1. *Formul. p.* 119. Rosin. 6. *Antiq.* 4. & servi *calatores*. Plaut. *in Pseud. Act.* 4. *Sc.* 2. & *in Rudente, Act.* 2. *Sc.* 3. Horum comitiorum tria genera pro triplici Quiritium distinctione, tributa, curiata, centuriata. In his ex censu, ætate, & ordine, populo per cornicinem, tuba, seu buccina (quæ *classicum* dicta) ex singulis centuriis CXCII. & V. classibus; in illis ex generibus omnium, populo per præconem, seu nomenclatorem ostiatim ex curiis XXX. in istis regionibus, & locis, populo ex tribubus XXXV. convocato, suffragia ferebantur. His ergo comitiis coram universo populo extrema sua testatori dictabant obtestantes Quirites, vellent, juberent, ea rata esse, & servari curarent, ut ita quodammodo quasi in vim legis vigere viderentur. Et hoc forte est, quod Ulpian. *Tit.* 24. §. 1. scribit. *legare* (quo verbo lex XII. Tabb. usa) esse legis modo relinquere. Succedente ætate, apparebat, hac ratione non satis esse provisum, tum ob infrequentiam comitiorum (multi enim morte præveniebantur); tum ob inauspicati ominis opinationem, hominem sanum testandi cogitationem suscipere, quæ aliquem mortis, quia humanæ menti nihil terribilius, sensum haberet: Theoph. *in pr. I. h. t.* Connan. 9. *Comm.* 1. *n.* 5. Coras. 5. *Misc.* 22. *n.* 3. tum quod mutare, antequam alia comitia advenissent, non liceret: denique palam dictari frequenti populo necesse esset quæ secretiora esse testatoris magni interesset. Quare introductus est sive a juris prudentibus legem decemviralem, *uti quisque legassit*, interpretantibus Rær. *Auct. prud. C.* 11. sive ipsa lege XII. Tabb. constitutus, ut Connan. 9. *Comm.* 1. *n.* 5. (quod verius videtur Agell. 15. *Noct.* 13. *in fin.*) modus omnibus personis, sexui (ante enim fœminis, quibus comitiorum nulla communio, nulla testandi facultas) tempori conveniontior *per æs & libram*, qui diu continuabat: Ulp. *Tit.* 20. §. 9. *Mancipationem*, seu imaginariam venditionem (cujus in testamento ratio, I. q. in omnibus fere majoris momenti rebus, & negotiis, emptionis contractus, quo nullus tutior, certiorque habebatur, ex Quiritium institutis intervenit. Vult. *pr. I. h. t. n.* 33.

Digitized by Google

periculo maxime præter cæteras testationes obnoxiæ sunt supremæ voluntates ob præsens, & ingens lucrum inde propositum, si falsitas processerit. Et experientia omnium temporum docuit, quam multi inhient alienis hereditatibus, & quam variis artibus ad eas sibi aditum struant.

II. Forma voluntatis supremæ testandæ jure civili duplex recepta est. Jus enim est & fide publica testari, & privata.

III. Publica fide testari licet duobus modis: aut testamento precibus inserto, & precibus Principi oblatis; aut suprema voluntate actis cujusvis judicis, vel municipum insinuata. Genera duo notata, & constituta in *L. omnium*, *C. de testament.*

IV. Prius sic perficitur, si voluntatem suam supremam comprehendat quis libello supplici, libellum deinde offerat Principi petens, ut libellum, & supremam hanc voluntatem suam in scrinia sua recipiat. Moris fuit apud Romanos, ut Principes reciperent libellos oblatos, qui deinde in consistorio Principis legebantur, omnibus proceribus & iis, qui in consistorio erant, audientibus. Lecti libelli tradebantur magistris libellorum, per quos ut hic postulabat, referebantur libelli in [3] scrinia Principis: quod & huic libello, de quo quærimus, accidebat. Idque est, quod in *d. L. omnium* dicunt Imperatores, istas preces, id est libellum istum, inter tot nobiles, probatasque personas etiam conscientiam Principis tenere. Hæc sunt scrinia, quæ ibi nominant, eum ita scribunt: *Nec de ejus unquam successione tractabitur, qui, nobis mediis, & toto jure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste, succedit.* Non autem scrinia intelligenda sunt scrinia pectoris Imperatorum, ut imperiti Interpretes fecerunt, qui ex eo loco collegerunt scilicet, Principem habere omnia jura in scrinio pectoris, quasi aut principes omnia jura pectore suo comprehensa teneant, ut plurimum juris ignari: aut, si tenerent, quasi, Principe alicui testimonium præbente, simul etiam jura omnia, quæ sunt in pectore Principis, eidem testimonium præberent. Sed, ut dixi libellus referebatur in scrinia Principis. In his erant epistolæ, rescripta, decreta Principum, ibique asservabantur. Atque his rebus omnibus jus continebatur. *L.* 1. *D. de const. Princ.* §. *sed & quod, Inst. de jur. nat.* Hoc toto jure velut teste, heres ex superiore libello succedit. Hinc nimirum libello, & testamento ibi inserto fides conciliatur, quæ omnium testamentorum [4] fidem, & solemnitatem superat, ut est in *d. L. omnium*. Nempe fides publica, qualis etiam in actis minorum subselliorum, tanquam monumentis publicis, inesse solet. *L. in donationibus*, *C. de donat.* Monumenta publica, qualia etiam minora hæc acta sunt, alios testes non desiderant. *d. L. in donationibus.*

V. Posterius genus peragitur hoc modo, rum, judice, aut municipibus, jus dicentibus, ingreditur quis in eum locum, ubi juris dicendi caussa consistitur, & ibi apud acta, idest quo loco acta de rebus ibi gestis conficiuntur, palam coram judice, aut municipibus declarat voluntatem suam supremam; petit, ut, auctoribus his, in acta referatur: vel voluntate sua prius scripto comprehensa, quam suam supremam esse testetur, scriptum ipsum, etiam involutum, offert judici, aut municipibus, petitque scripturam in acta referri. Judex, aut municipes pro officio in

Vid. Cont. 1. *Disp.* 17. Rev. *ad L.* 16. *de R. I.* Et quia cum in testamento alienatio fieri videatur tempore prohibito; effectusque ejus conferri in id tempus, quo alienans dominus non est (Vid. A. Fab. 14. *Conject.* 20. Alb. Gent. 4. *Lect.* 6): hoc simulatæ venditionis commento ei difficultati est occursum, ut emptori familiæ bona ita manciparentur, tanquam inter vivos, sub fiducia heredi instituto, & secreto forte in tabulis scripto, eadem remancipandi. Hot. 9. *Obs.* 12.) uno nummo insignato, qui *as* & *raudusculum* dicebatur, a Statio vocatur *nummus Cajanus*, a familiæ emptore; qui olim ab herede, §. 10. vers. *licet*, *I. h. t.* Plutarch. *Lib. de Sero Num. vind.* Rot. 9. *Obs.* 12. Conn. 9. *Comm.* 1. *n.* 6. libræ imposito, qui appendebatur per libripendem testatori, ceu venditionis pretium. Cajus 1. *Inst.* 6. §. 4. Boet. in *Top.* (Qui mos ex antiquo appendendi argenti infecti, ante usum signatæ monetæ inventum, more, Plin. *Lib.* 33 *C.* 3. Budæ. *Lib.* 1. *de Asse*, *pag.* 31. & *Lib.* 5. *de Asse*, *p.* 203. Brins. 3. *Antiq.* 7. Forner. *ad L.* 159. *de V. S.* quem hodieque politissimos Asiæ extremæ populos Chinenses servare, tradit Jo. Mendoza *Lib.* 1. *de Regno Chinæ*, *C.* ult. (quinque testibus civibus Romanis præsentibus) de quo nol. *Cap. seq.* n. 8. & *mancipationem*, cujus formula apud Ulp. *d.* §. 9. Cum autem ficta illius mancipationis aliquæ essent incommoda: propterea Prætor aliam rationem invenit, quæ familiæ emptoris, & libripendis adhibendorum necessitate solvebat, ut tamen in eorum locum duo alii testes quinque reliquis accederent. Indeque evenit, ut testandi illud genus per æs, & libram paulatim per desuetudinem vilesceret. §. 2 *in fin. I. h. t.* Quod autem Cujac. putat *in L.* 1. *D. h. t.* sublatum illum modum per *L.* 15. *C. de testam.* id nec ex illa lege liquet, nec Imperatoris verbis in *d.* §. 1. *partim in usu esse desiit*, satis convenit. Postremo denique jus civile Prætorio conjunctum, & in unam utrumque consonantiam redactum eo modo, qui in §. 3. *I. h. t.* exponitur.

3) Welth. 1. *Misc.* 34. *Scrinium*, inquit, in *L.* 19. *C. de testam.* est armarium, quo epistolæ, libelli, cæteraque litteraria monumenta conservabantur. Plin. *ad Trajanum* Fl. Vopisc. in *Aureliano.* Unde Ulp. *princeps scriniorum* & *magister scrinii* vocatur: Lampr. in *Alex. Severo.* Vid. & Donell. noster *ad d. L.* 19. *C. h.* n. 5. Dissentientem cum DD. vulgo, scrinium pectoris intelligens Dauth. *in d. L.* 19. *n.* 5.

4) Cum enim princeps populum repræsentet, simile hoc est testamentum illi antiquo, quod calatis comitiis, ubi populus omnem solemnitatem supplebat. Vacon. 1. *Declar.* 16. *n.* 5. Coras. 5. *Misc.* 12 *n.* 1. Vigl. *in* §. 1. *I. h. n.* 7. Vult. *pr. I. h. t. n.* 51.

in acta referri jubent. Ex illo hujus scripturæ ea vis erit, quæ & cæterorum actorum, nempe fides publica, & quæ habeat perpetuam firmitatem, tanquam monumenta publica, ut de hoc genere actorum, seu gestorum traditur in *L. ult. C. de re jud.* Et quoniam inter monumenta publica est: intelligemus, non [5] magis in hoc genere, quam in superiore, testes alios desiderari. *d. L. in donationibus, C. de donat.*

5) Quod & sanxit D. Augustus Saxonicus Elector *Const.* 3. *P.* 3 Ipse autem testator deponere debet, non per alium. Moller. *in d. Const.* 3. *n.* 13. *& seqq. & 1. Semester.* 5. Vid. & Virgil. Pingiez. *Ill. Q. Sax.* 10. *n.* 73. *& seq.* Fach. 6. *Contr.* 86.

CAP. VII.

De testamentis privata fide ordinandis. Hic aliam formam exigere testamentum scriptum, aliam nuncupativum. Scriptum qua materia edatur, nihil referre. Confirmationem constare certis solemnibus. Consistere hæc in his velut testationis partibus: in testibus, in testatione voluntatis coram his edenda, in facto testium. Tum de testibus. Hos prius rogatos quot, & quales adhiberi oporteat.

Testamentum privata fide factum quale sit. I.
Fit autem scripto, aut nuncupative. II.
Testamentum scriptum constat scriptura, ejusque confirmatione. III.
In quavis materia scribi potest, etiam ante contestationem voluntatis & per quemlibet etiam servum. IV.
Ejus confirmatio posita in testibus adhibendis, nuncupatione testamenti, & testificatione ipsorum testium. V.
In testibus exigi rogatio, numerus, & conditio Personæ. VI.
Testes idonei, qui non prohibentur. VII.
Prohibentur quidam natura, quidam lege. VIII.
Natura quinam. IX.
Lege prohibentur quidam in totum, quidam in certis tantum testamentis. X.
In totum statu, sexu, damnatione. XI.
Statu servus, nisi pro libero habitus communi opinione, & deportatus. XII. XIII.
Sexu mulier. XIV.
Damnatione, publico judicio damnati, quique intestabiles esse jubentur: emendatur L. qui testamento §. eum, qui, D. qui test. fac. poss. XV.
Quibus ex causis nonnulli, quamvis idonei, testes esse non possint in testamento. XVI.
Testis esse non potest filius in testamento patris, nec pater in Testamento filii, neque frater in testamento fratris, si filii sunt in ejusdem patris potestate, secus si emancipati. XVII. XVIII. XIX.
Sed nec heres, neque heredis filius, aut pater, neque fratres, qui sunt in ejusdem patris potestate. XX. XXI.
Legatarii, & fideicommissarii possunt. XXII. XXIII.
Quoad testium conditionem spectatur id tempus, quo ad testamentum adhibentur. XXIV.

I. Privata fide testamentum fit, cum fit, adhibitis privatis testibus, & ut est *in d. L. omnium*, cum quis mentis suæ postremum judicium publicat auribus privatorum.

II. Forma hæc testandi privata & ipsa duplex est. Licet enim hoc modo & testari [1] scripto, [2] & sine scripto per nuncupationem. *§. ult. Inst. de test. ord. L. hac consultissima, in princ. & §. per nuncupatio-*

1) Vult. *pr. I. h. t. n.* 39. hanc distributionem esse a forma accidentali, cum & nuncupativum in scripturam redigi possit, licet non necesse sit.

2) Vid. Duar. *h. t. C. de testam. in scriptis* 5. Testamentum autem pagani necesse est litteris conscribi (militis valet etiamsi notis, ut infra *Cap. ult.*) nec datur bonorum possessio secundum notariam, nisi inter liberos. *L. ult. C. fam. erc.* Quod tamen correctum per *Nov.* 107. Vid. Cujac. 3. *Obs.* 3. Potest autem unum testamentum pluribus exemplis, & tabulis consignari. *L.* 24. *D* §. 13. *I. h.* ubi unum testamentum, *L.* 3. §. 1. *de tabb. exhib. L. ult. de his, quæ in test. del.* quodque authenticum. *L.* 1 §. 5. *de bon. poss. sec. tabb.* Hot. *ad d.* §. 13. ubi negat, pluribus licere unis tabulis, testibus, & actu testari, & sua testamenta in unum codicem redigere. Vid. idem, 4. *Obs.* 1. & Gail. 2. *Obs.* 117.

pationem C. de testam. Aliam observrationem scriptura desiderat, aliam nuocupatio, quam ob rem bæc genera distinguuntur.

III. Scripti testameoti ordinatio constat duabus his rebus: scriptura testamenti, & ejus scripturæ confirmatione.

IV. De scriptura testamenti cujusque hæc notanda sunt: nihil referre, qua materia testamentum scribatur, dum scriptum legi possit: §. *nihil autem, Inst. de test. ord. L. 1. in pr. D. de bon. poss. sec. tab. L. quoniam, C. de testam.* nihil referre, quando scriptum, utrum tunc, cum quis testatur coram tcatibus; an multo ante. *d. L. hac cosultissima, §. in omnibus*: nihil referre, a quo [3] scriptum sit, utrum a testatore, an ab alio quovis, dictante testatore: *d. L. hac consultissima, in pr.* usque adeo, ut placcat, etiam servum, licet alienum, jussu testatoris testamentum scribere non prohiberi. *L. servus, D. qui test. fac. poss.* Mutavcrat hoc jus Justinianus io *L. jubemus, C. de testam.* & exegerat, ut nomen heredis aut acriberet testator manu sua, aut palam nuncuparet coram testibus, qui deinde & hoc exprimerent in suis subscriptionibus. Quod jus refertur in §. *sed his omnibus. Inst. eod.* Sed & hoc ille sustulit postea Novella constitutione, cavens ad vim testamenti nihil ioteresse, utrum testator per se, an per alium scribat nomen heredis. *Auth. & non observato, C. de testam.* Qua constitutione ad jus illud antiquum superius rediit, nihil ut intersit, ne nunc quidem, a quo testamentum scribatur.

V. Scripturæ hujus confirmatio, & attestatio tribus in rebus, tanquam hujus actionis partibus, posita est. Partes eo diligentius notandæ: quod recte, & facile, ac sine ullo errore aperient res in hae observatione necessarias; quæ alioqui tam variæ, tam sparsim, ac nullo recto ordine, aut certa ratione in libris nostris sunt traditæ. Sunt igitur hæ partes tres. Prima in testibus colligendis, qui recte adhibeantur. Secunda in testatione voluntatis, quam voluntatem testator coram testibus declaret. Tertia in facto, & contestatione testium.

VI. Prima cura testatoris in hac re esse debet, ut [4] testes necessarii recte adhibeantur. Hæc adhibitio jure tria desiderat, quæ proinde cuique in hac parte spectanda sunt: [5] rogationem testium; justum numerum; & singulorum idoneam conditionem. Cum in aliis caussis non rogati testes recte interveniant: *L. ad fidem, D. de testib.* in testamentis testes rogatos esse oportet. *d. L. hac consultissima, in pr. L. heredes, §. in testamentis, D. qui test. fac. poss.* Rogatos accipimus, non tantum si ab initio rogati sint ad testamentum: sed etiam, si ad aliam rem ab ioitio vocati, & collecti, aut fortuito interveoientes, prius admoniti sint, se ad testamentum adhiberi. *d. L. heredes, §. in testamentis.* Numero, cæteris in caussia testes duo sufficere solent: *L. ubi D. de testib.* in testamentis [6] numero septem esse oportet. *d. L. hac consultissima, in pr. §. sed cum paulatim*

3) *L. 10. D. h. t.* adeo ut & mulier scribere id possit, ut ex *L. 6. §. ult. & L. 15. §. pen. de fals.* probat Cujac. 3. *ad Afric. ad d. L. 6.* Si autem ipse scribat, dicitur *holographum.* Cujac. *ad L. 20. pr. h. tit.* Vid. & P. Fab. 3. Semestr. 23. *p.* 344.

4) Vult. *in §. possunt autem, 5. & seqq. I. h. t. n. 6.* Duo hic attendenda: Personæ testium, & adhibendi modus, requirens rogationem (ut scientes de negocio magni momenti tractari, diligentius attendant); præsentiam corporis, & animi. *L. 9. L. 12. C. h.* & numerum.

5) Et confirmatur in *Reichsabschiedt*, *anno* 1512. Porner. 2. *Select.* 10. In iis fere, inquit, quæ testato geruntur, etiam præter præsentiam testium, rogatio, & advocatio requiritur, ut in *L. 9. de divort. L. 18. & Auth. seq. C. de testib. Nov. 90. C. 2.* Quæ vero clam transiguntur (furta, cædes, stupra &c.) etiam fortuitis testibus probantur. *L. 8. §. 6. C. de repud.* Si igitur inviti adsint testandi actui, nihil agitur. *L. 20. §. ult. h.* Nihil autem refert, testator ipse roget, an ejus nomine alius. Menoch. 4. *Præsumpt.* 8. *n.* 13. Olim in testamento per æs, & libram vocabantur testes per antestatum. Connan. 9. *Comm.* 2. *n.* 1. Et aurium attrectatio adhibebatur, ut probat Hot. *Præsc. I. h. t.* Quia autem solemnitas extrinseca præsumi non solet; Myns. *in* 3. *n. I. h. n.* 8. consulto adjiciunt notarii formulam, *testibus præsentibus, adhibitis, & rogatis.*

6) Quæ ratio? Plerique hic silent. Vult. *in §. possunt*, 5. *& seqq. I. t. h. n.* 27. rationem nullam aliam esse, quam quia sic placuit, & Forcat. *Dial.* 14. *n.* 7. quia hic numerus mediocris visus est. *Arg. L.* 1. §. 3. *de postul.* Ratio hæc vere nulla est. A. Fab. *ad L.* 20 *de legib.* esse hoc exemplum juris constituti, cujus natura hæc ut ratio ejus nec investigari debeat, nec reddi possit. Quem septum esse, putat *d. L.* 20. *de legib.* Sed refelli supra *in not. Lib.* 1. *C.* 13. *n.* 8. Jo Dauth *de Testam. Tit. de Testib. testamentar. n.* 410. septenarium, quia sacer, & perfectus, supremæ ordinationis perfectioni convenientissimum judicatum, censet. Quo faciunt quæ de septenarii perfectione congessit Andr. Lauren. *Lib.* 8. *Histor. anatom. Q.* 31. & quod Imperator in *Const. Tanta*, §. 1. *in fin.* Digesta in septem partes digerendo, in numerorum naturam, & artem se respexisse, testatur, ex superstitione veterum, qui religionem, & divinitatem quasi inesse septenario, putabant. Hotom. *ad Inscript. Pand. C.* 3. Verum nec hic pedem figo, numerorum, utpote quantitatis, per se nullam efficaciam esse, statuens. Nam, si quæ sunt septenarii vires, in ætatibus, morbis, diebus decretoriis, aliis mutationibus, ad siderum influxum humores agitantem, ac temperamenta mutantem, aliasque abditiores causas; magis quam ad perfectionem numeri referenda, quæ causæ, quia nos clam sunt, per earum comites numeros judicari possunt. Conimbricens. *Lib.* 1. *de Gener. & corrupt. C.* 4. *Q.* 2. *Artic.* 2. Vid. & Fernel. 4. *Patholog. C.* 12. Levin. Lemn. 2. *de Occult. C.* 32. Valles. *de Sacra Philos. C.* 70. P. Greg. 15. *Synt. Art. mirab.* 10. Quid, quod alii novenario; Plutarch. *de Homero*, *f.* 56. alii ternario, (quem & primum esse numerum, non binarium, A. Gentil. *Lect. Virgil. C.* 15. statuit) absolutionem tribuunt? Et Ammon *apud Plutarch. Lib. de εἰ foribus templi Delphici inscripto*, *f. m.* 287. quemvis numerum sui laudandi materiam ingeniose præbere. Quid igitur? Numerus hic ex edicto Prætoris est, §. 4. *in fin. I. h. t.* non, ut Hot. *ibid.* vult, ex lege Cornelia testamentaria. Cum enim Prætor festivæ mancipationis ambagibus, & ritibus familiæ venditionis solvere vellet, numerum

Digitized by Google

latim, *Inst. de test. ord.* Conditione oportet testes esse idoneos.

VII. Idonei sunt, qui testes esse non prohibentur, ut facile intelligere est ex §. *testes*, *Inst. eod.*

VIII. Prohibentur quidam [7] natura, quidam lege.

IX. Natura, qui, etiam si velint, & jus concedat, testimonium perhibere non possunt. Quod contingit vel quod non intelligant quod agitur, animi morbo, aut infirmitate ætatis impediti, ut furiosus; impubes; is, cui bonis interdictum est, id est prodigus: vel quia sensu percipere non possunt quod fit, dicitur: non audire, ut surdus; non videre, ut cæcus: vel quia, quod perceperint, & recte intellexerint, eloqui, & testari non possunt, ut mutus. Hinc istos, ne in testamento testes sint, comprehensos videmus in *d.* §. *testes & seq. Inst. de testam.* Cur autem esse non possint, caussa superius intellecta est. Omissus est illic cæcus: sed hunc in testamentis a testimonio removeri, vel ex eo satis intelligitur, quod subscriptio desideratur a testibus testamentariis. Hanc cæcus præstare non potest. Sed nec illud certo percipere cæcus potest, quis sit testator, qui testes: illud nullo modo, num ex fide ab illis omnia gerantur, an vero quid fraudis ab his admittatur. Ad quod tamen periculum amovendum præcipue adhibentur testes.

X. Lege prohibentur testes esse qui, cum natura testimonium perhibere possint, justis de causis lege prohibentur. Ex hoc genere prohibentur quidam in testamentis adhiberi testes in totum; quidam ob privatas tantum caussas in id testamentum, de quo agitur, incidentes.

XI. Prohibendi in totum tres caussæ: status personæ; sexus; damnatio.

XII. Statu personæ prohibentur, qui cives Romani non sunt. Nam & testes testamentarios cives Romanos esse oportet, ut est in *d. L. hac consultissima*, *in pr. C. de testam.* Hoc verbo [8] exclusi servi. Hi non in hac re tantum, sed & in totum juris civilis communionem non habent. §. *testes*, *Inst. de testam. ord. L. qui te-*

merum quinque testium, quos jus civile requirebat, accessione duorum auxit, qui in locum familiæ emptoris, & ponderatoris, ad imaginem quandam, & retentionem, usurpationemque vetustatis suffecti. Vid. *Not. C. praeced. n. 3* Cur autem quinque testes jus civile in testamento per æs, & libram requisivit? Rationem ex Sext. Pompejo Festo conjectare, & colligere licet, quam certissimam puto. Is *Lib. 3. de V. S. f. m. 1209. Classici testes dicebantur, qui signandis testamentis adhibebantur.* Quare classici? Quia ad quinque classes, in quas populus Romanus pro census qualitate distributus respicitur, ut recte, licet paucissime innuunt Joach. Hopper. *Lib. 4. πιθανῶν. pag.* 132. Jac. Rævard. 2. *Conject.* 20. & M. Anton. Delrio *Lib.* 2. *de Princip. Jur. pag.* 32. Non tamen ea ratione, quasi soli illi, qui in quinque classibus censi, signandis testamentis adhiberi possent, ut vult Rævard. quasi proletariorum, & capite censorum, qui extra classes erant, paupertas suspecta fuerit, quia falsi materiam præbeat. Quod nec verum puto, *Argum. L. 8. de susp. tutor.* nec conveniens. Et quid dicit Ræyard. de signandis testamentis, cum ea obsignatio non sit ex jure civili, sed prætorio §. 3. *I. h. t.* Sed ideo, opinor, classici dicti, quod quinque classes repræsentarent. Romulus enim primo in tres tribus, Tatienses, Rhamnenses, & Luceres populum divisit post bellum Sabinum, Plutarch. *in Romulo*, Varro, 4. *de Ling. Lat. f. m.* 1126 licet Halicarn *Lib.* 2. velit, id factum ante bellum Sabinum, & Liv. *Lib.* 1. auctorem tribuum Tullium faciat. Unde & tribus dictæ quarum cuique præfecit duces tribunos. Has iterum in denas æquales partes distribuit, quæ curiæ vocatæ. Plutarch *d. loc. L.* 2. §. 2. *de O. I.* Nec tribus cum curiis confundendæ, ceu facit Ascon. *in* 2. *Verrina.* Vid. Turneb. *in Comm. Orat.* 2. *Rull.* Rosin. 6. *Antiq.* 2. Postea Servius Tullius, qui primus censum instituit, ut belli, pacisque munia non viritim, ut antea, sed pro cujusque facultatibus conferrentur; classes, centurias, & ordinem ex censu descripsit, & pro census qualitate in quinque classes, ac 193. centurias populum, seu primores potius cives divisit. Vid. Halicarn. *Lib.* 4. Nicol. Perott. *Cornucopiæ in* 5. *Martial. Epigr. f. m.* 609. *& seq.* Budæ *Lib.* 5. *de Asse*, *pag.* 166. Coras. *in L.* 2. §. 2. *de O. I. n.* 23. Rosin. 6. *Antiq.* 8. Quibus accessit una centuria omnium civium, quorum census minor undecim millibus æris, idest, ut Budæus, 110. aureis gallicis, vel, ut alii, 12. minis cum dimidia, continens multitudinem. Horum alii proletarii (ab officio prolis edendæ, quod, cum re familiari Rempublicam parum juvare possent; suboli tamen gignendæ operam darent, & civitatem frequentarent. Perott. *d. loc.* Ræv. *ad LL. XII. Tabb.* C. 9. qui supra mille & quingenta æris in censum deferebant: alii capite censi, qui ob tenuitatem rei familiaris, non ære sed capitibus censebantur. Perott. *d. loc.* Et hi in classibus non erant. Arnob. *Lib.* 2. *p. mihi* 80. Desinite, inquit, hominem (proletarius cum sit, classibus, & capite cum censeatur) adscribere ordinibus primis. Utrique in militiam legi non poterant, nec in legionibus esse fas erat, nisi civibus Romanis, qui in quinque classibus censi essent, judiciæ artis expertes, Plutarch *in Romulo*, Rosin. 10. *Antiq.* 4. Perott. *d. loc.* Et facultatibus lapsi, animadversione censoria classibus exempti, inter nos referebantur. Ræv. 2. *Conject.* 20. Quamquam autem deinde in tribus 35. quatuor urbanas, unam suburbanam, & 30. rusticas (quarum nomina ex Manutio refert Goth. *ad Fragm. XII. Tabb. ex Lib.* Cic. 3. *de LL. Tit. de Censoribus*). populus divisus: Rosin. post alios 6. *Antiq.* 15. nunquam tamen plures quinque classibus civium ex censu delectorum. Alia que, & diversa fuit distributio juxta tribus, in qua census, & facultatum non habebatur ratio; sed ex regionibus urbis distinguebantur: &, ut ait Turneb. *in Lib.* 3. Cic. *de LL. f.* 172. in una tribu, verbi gratia (prima, decima, decima quinta, vigesima sexta &c.), erant homines ex omnibus classibus, & centuriis. Has igitur classes puto, testes illos quinque classicos repræsentasse. Decem viri enim, ne per novam formam testandi per æs & libram, a veteri observantia longiuscule recessisse viderentur, quinque testes adhiberi voluerunt, qui singuli singulas classes referrent; ut ita per hanc repræsentationem, & juris interpretationem, ac fictionem, eamdem firmitatem, ac quasi legis vigorem suprema judicia consequerentur, ac si coram frequenti Quiritum turba in comitiis centuriatis convocata, ordinata, dictata, expositaque fuissent. Ad centuriata autem potius comitia, quam ad curiata, vel tributa respexerunt, tum quia ea de rebus magis seriis, & majori religione captatis auspiciis &c. instituebantur. (Vid. Rosin. 6. *Antiq.* 14.): tum ne, si vel juxta numerum curiarum triginta aut tribuum triginta quinque testes requirerent, nimiopere libertas testandi, ob difficilem convocationem, & conveniendi tantæ multitudinis, coarctaretur. Sed de his satis. Cæterum jure Canonico duo testes sufficiunt, maxime accedente Parochiano. *C. cum esses*, 10. *& seqq. extr. de testam.* Vid. & Fachin. 6. *Contr.* 47. Moll. 3. *Semestr.* 44.

7) Vid. Duar. *h. t. C. de Testib. idoneis*, 6. Vigl. *in* §. 6. *I. h.* 1. Vult. *in* § *possunt*, 5 (ipsi 2.) *& seqq. I. h. t. n.* 10. *& seqq.*

8) An & monachi, qui servis æquiparantur? Hos non arceri, Clar. § *testamentum*, Q 55. *n.* 7. Vult. *d. loc. n* 17.

Digitized by Google

testamento, §. *servus*, *D. qui test. fac. poss.* Denique jure civili pro nullis habentur. *L. quod attinet*, *D. de reg. jur.* Adjicere oportet & deportatos, etsi nusquam nominatim in hac causa exceptos legimus, ac nec in *d.* §. *testes*, *& seqq.* Satis enim excipiuntur hoc ipso, quod hic postulantur testes cives Romani. Nam deportati cives esse desierunt. §. *cum autem*, *Inst. quib. mod. jus patr. potr. solv.* Quod de deportatis dicimus, eo pertinet: ut intelligamus, quamvis testamentum fiat in ea insula, in quam quis deportatus est: tamen deportatum, ne ibi quidem, ad testamentum adhiberi posse.

XIII. Illa in hoc genere circa servos exceptio recepta est, ut si servus adhibitus [9] testis eo tempore, quo testamentum fit, omnium consensu liberi loco fuerit; nec quisquam sit, qui ei status quæstionem moveat: benigne constitutum sit, sic testamentum ratum esse, ac si, ut oportebat, factum esset. §. *sed cum aliquis*, *Inst. de testam.* Consentaneum erat, ut, deportato adhibito teste, in eodem errore idem diceremus, nisi hunc alia caussa removeret, damnatio; de quo mox.

XIV. Sexu [10] mulier in testamento testis esse prohibetur, *d.* §. *testes*, *Inst. eod. L. qui testamento*, §. *mulier*, *D. qui test. fac. poss.* nimirum ut pro inexperientia sexus non satis intelligens eas fraudes, quæ in testamentis subornandis a peritis architectis earum rerum strui solent: alioqui cæteris in caussis testis idonea. *d. L. qui testamento*, §. *mulier.*

XV. Damnatione fit, ut ad testamentum adhiberi non possint publico judicio damnati. De eo quidem, qui repetundarum damnatus est, diserte hoc scriptum est in *L. repetundarum*, *D. de testib.* Eamdem vim habet, quod scribitur in *L. eadem*, §. 1. *D. ad Leg. Jul. rep.* hac lege damnatum testimonium publice dicere prohiberi. Nam & is publice testimonium de testamento dicere debet, qui ad testamentum adhibetur, dum signum suum, & subscriptionem recognoscit. Ex quibus intelligitur, vitiosam esse lectionem Florentinam in *L. qui testamento*, §. *eum qui*, *D. qui test. fac. poss.* ubi ita scriptum est: *Eum, qui lege* [11] *repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi posse, existimo.* Legendum, *non existimo* (ut cum Azone inter omnes convenit) non tantum quia superiores loci suadent: sed etiam quia ratio eodem loco reddita aperte hanc orationem flagitat. Sequitur enim: *Quoniam in judicio testis esse vetatur.* Qua ratione efficitur, non aliquem in testamento testem esse posse: sed testem esse prohiberi, quia scilicet & in judicio vetetur esse testis. Sed pertinet prohibitio etiam ad cæteros, qui aliis

9) *L. I. C. h. t.* Ex quo tamen male inferunt, errorem jus facere. Vid. *Nol. Lib.* 1. *C.* 5. n. 1. Quomodo enim poterit servus signum suum recognoscere? Vid Vigl. in §. 7. *L. h.* Contian. 9. *Com.* 3. *n.* 3. Duar. *h. t. C.* 5. *p.* 328.

10) Ita & Duaren. *h. t. C.* 6. caussam esse emotionem periculi, ne quid falsi admittatur. Baro *in* §. 6. *L. h.* quia de re ardua quæstio est, deligi debere testes graviores. Cont. 2. *Subsec. Lect.* 13. n. 5. eo ipso, quod in omni legitimo actu requirantur testes puberes; arceri fœminas, quæ puberes dici non possunt. Quod falsum est. Vid. *Nol. supra L* 3. *C.* 14. *n.* 2. Decian. 7. *Tr. Crim.* 17. n. 43. quia interest deposita non revelari, fœminæ, autem non possunt secreta reticere, & Vasq. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 14. *Requis.* 2. n. 34. Charond. 2. *Verisim.* 11. antiquum morem hic respectum, quo nec solitum, nec honestum, vel in procinctu, vel calatis comitiis mulieres versari. Et Vult. *in d.* §. *possunt*, *& seqq. L. h. t.* n. 19. quia eis, nec comitiorum communio, Agell. 5. *Noct.* 19. nec militiæ capacitas, post P. Feb. *ad L.* 2. *de R. I. circ. fin.* Geminam rationem ex dictis *supra Nol.* 6. depromi posse puto: Quia fœminæ in classibus censitæ non fuerunt, nec classem poterant repræsentare: quia non interesse comitiis centuriatis, ideo nec referre, ne sit in fictione. quod non est, nec esse potest in veritate. Exceptiones autem viginti, quibus mulieris testimonium in testamentis recipiatur, refert Vasq. *d. Lib.* 2. *de Succes. creat.* §. 12. *Requis.* 2. n. 11. *& seqq.* Vid. & Tiraq. *Leg. Connub.* 9. n. 56. *& seqq.*

11) Duar. *h. t. C.* 5. *p.* 325. Cujac. *in d. L.* 20. §. 5. Hotom. 2. *Obs.* 11. quia argumentum sit ex comparatione parium, vel majorum tale. Si in judiciis mulier testis esse nequit, ubi jusjurando adstringuntur testes, ab adversariis interrogantur, refelluntur, nec tantum periculi adferre possunt: minus poterit in testamento. Et Vult. *in d.* § *possunt*, n. 35. Dauth. *ad L.* 20. *h. t.* n. 8. Durum hoc, & immite cauterium, nec, nisi disperatis locis admovendum. Cujusmodi sane hic facile videri possit. Tentabimus tamen, num leniori mederi possimus collyrio. Hujusmodi nunc commode suggerit Vir. Clar. Jo. Sverius Doctor in hac academie Jenensi publicus, ex genere pœnæ hoc crimine damnatu inflictæ, hæc dirimens. Quæ enim extraordinaria hodie ejus delicti pœna; *L.* 7. §. *ult. de Leg. Jul. repetund.* ideoque arbitraria pro gravitate admissi: *L.* 13. *de pœn.* si exilio, vel durius puniatur reus, neque in testamentis testis esse potest: *d. L.* 15. *de testib.* Sin vero relegatione, aliave leviori, ex qua civitas non amittitur, tum quidem in judiciis testis esse nequit, in testamentis potest. Et sic accipitur *d. L.* 20. §. 5. ut ibi sit argumentum ab unius inclusione &c. hujusmodi: Quia prohibitiones stricte accipiendæ, idcirco, si cui testimonii dictio in judiciis adempta, non id extendendum ad testamenta. Et ratio diversitatis. Quia hic reus in judicia commisit, eorumque auctoritatem, largitionibus se corrumpi patiendo, imminuit; in testamento autem nihil commisit, neque ea ulla ex parte læsit. Quo facit, quod in *L.* 6. § 1. *de Leg. Jul. repet.* dicitur: *Hac lege damnatus testimonium publice dicere prohibetur.* Non igitur in actibus privatis. Non video quid huic eruditissimi viri explicationi obstet, nisi quod videri posset, ut in *d. L.* 15. nullam esse specialem dubitandi rationem; sed deportatum satis arceri ex generali ratione, quia civis non est. At hanc ipsam dari posse opinor, quia non protinus cui sententia pœna deportationis indicta, numero civium eximitur. Seu non sententia, ec condemnatio, ceu putat Vult. 1. *Disc.* 12. *p.* 106. verum illius exsequutio caput civile adimit, §. 1. *I. de cap. demin. L.* 5. §. *ult. de extraord. cogn.* Sicuti & olim quibus aqua, & ignis interdicebatur, non prius civitatem Romanam amittebant, quam essent in eam civitatem, quo solum vertentes, venerant recepti. Quia enim jure Quiritium libertas invito eripi non poterat; Cic. *pro Cæcinnam*, *&* *pro domo.* Inventa ea ratio, ut usu aquæ, & ignis interdicto, iis subsidiis, quæ ad vitam sustentandam necessaria, destituti abire cogerentur. Vid. Manut. *de LL. Rom. p.* 158. Briss. 3. *Ant q.* 5. Vult. *d. C.* 12. Dauth. *de Testam.* n. 212.

aliis publicis judiciis damnati sunt. Hoc enim & de eo, qui adulterii damnatus est, respondit Papinianus in *L. scio*, *D. de testib.* non quia lege Julia prohibitus esset ad testamentum adhiberi (fatetur enim, nihil de eo lege cautum esse; & tantum ait, de eo inter veteres tractatum): sed tantum ideo, quia judicium tale esset. Quod & ipse generaliter probavit in *L. quæsitum* (præcedente) *D. de testib.* In eadem caussa sunt ii, qui quovis judicio damnati ita sunt, ut jubeantur lege esse intestabiles. *d. §. testes*, *de test. ord.* Et hi quidem citra controversiam. Intestabilis enim est is quidem, cui non potest dici testimonium (unde evenire diximus, ut, qui in ea caussa est, non possit testamentum facere): sed maxime is ita dicitur, qui ipse aliis testimonium dicere non potest; cujus testimonium non recipitur, ut est in *L. cum lege*, *D. qui test. fac. poss.* Supra diximus huic pœnæ subjici eos, qui ob carmen famosum damnati sunt: neque plures legimus. *L. is*, *cui*, *§. ult. qui test. fac. poss. L. ob carmen*, *D. de testib.*

XVI. Privatæ caussæ, propter quas prohibeatur quis testis esse in eo testamento, de quo agitur, ob quas in alio non prohiberetur, duæ sunt: potestas inter testatorem, & testem constituta; & negotium testamenti, quod cum teste geritur.

XVII. Potestas hoc efficit, ut neque ad [12] patris testamentum adhiberi possit filius, qui in potestate ejus est; neque ad filii testamentum pater, qui filium habet in potestate, si forte filius de castrensi, aut quasi castrensi peculio testetur. *§. in testibus*, *Inst. de testam.* Tolle potestatem. Nempe hoc ipso sub contraria conditione satis significatur, & filium ad testamentum patris; & patrem ad testamentum filii recte testem adhiberi. Arg. in *L. 1. vers. hujus de off. ejus. L. si procuratorem*, *§. si ignorantes*, juncto *§. igitur. seq. D. mand.* Quid ergo ad horum testimonium removendum potestas facit, si sanguis, & conjunctio naturæ non removet? Potestas nimirum in caussa est, ut pater, & filius, qui in patris potestate est, eadem persona esse existimentur. *L. ult. C. de impub. & al. subst.* Quæ res facit, ut, si, patre testante, adhibetur filius testis, videatur adhiberi ipse pater: si testante filio adhibetur pater, videatur filius adhiberi, id est utrobique testator ipse. Scimus autem, alium oportere esse testatorem; & alium, qui testanti adsit ad testimonium præbendum. Hæc eadem ratio facit, ut dici debeat, quod in *d. §. in testibus*, scriptum est, si filiusfamilias faciat testamentum, quemadmodum pater ejus non recte adhibetur testis: sic nec eum, qui in potestate ejusdem patris est, tametsi hic sit testantis frater, nec sit in ejus potestate. Quippe patrem adhiberi testem non posse, constat. Si filius alius etiam cum patre eadem persona est, ut positum est: efficitur hoc ipso, neque hunc testem esse posse, quoniam alioqui videbitur pater adhiberi, quod non est permissum.

XVIII. Non pertinet [13] hæc ratio ad emancipatos, de quibus nunquam dictum est, eos videri, quod stipulentur, aut faciant; voce patris quasi sub persona patris loqui, & facere videri: quod tamen de filiisfamilias traditur in *§. ei vero*, *§. post mortem*, *Inst. de inut. stip.* Denique filii sui juris facti, singuli nova capita, & singulas familias habere incipiunt, *L. pronuntiatio*, *§. 1. illic*, *& cum paterfam. D. de verb. signific.* ut appareat, eos, qui in potestate patris non sunt, eamdem personam cum patre non haberi.

XIX. Sed esto, dixerit aliquis, non prohibeatur filius emancipatus propter potestatem, quo minus sit testis in testamento patris; nec pater, quo minus in testamento filii. At certe prohiberi hi debent sola conjunctione sanguinis. Quin etiam aperte videntur prohiberi in *L. testis*, *9. D. de testib.* ubi hæc definitio est: *Testis idoneus pater filio, aut filius patri non est.* Quod de omni filio dictum est hoc ipso, quod filius est: de patre item hoc ipso, quod pater. Sed nihil hic neque conjunctio, neque superior sententia obstat patri, aut filio, quominus invicem unus ad testamentum alterius recte adhibeatur testis. Nam proprie, qui ad testamentum adhibetur, non tam testis est testatori, quam heredi ipsi, & his, ad quos commodum testamenti perventurum est. Et sane non ante de testamento testimonium dicet, quam testatore mortuo. Cui jam ex eo testimonio acquiri nihil potest. Valebat hæc ratio & in filiofamilias, itemque & patre, qui filium

12) Scilicet jure communi, per verba *d. §. 9.* adjecta post missionem. Aliud si testetur jure militari, de quo accipienda, & ita conciliandа *L. 30. §. 2. h. t.* Donell. noster ad *L. parentes*, 6. (*ipsi* 5.) *C. de probat.* licet Hot. in *d. §. 9.* velit, Marcellum dissensisse.

13) Vigl. in *§. pater*, 8. *I. h. t. n.* 4. Bronch. 3. *Ass.* 25. Theoph. in *d. §. 8.* domesticum testimonium accipi οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ὑπεξουσιότητος, non ex cognitione; sed ex unitione per patriam potestatem contingente. Dim. Cherond. 2. *Verisim.* 10. ne fratrem quidem testatoris admittens, & Duar. 1. *Disp.* 28.

filium in potestate habet, quo ne alter in alterius testamento vetaretur esse testis. Sed hos, ut dixi, alia ratio removet, potestatis, & familiæ vinculum, scilicet, quod ex duabus personis unum facit. Atque hæc illa ratio est, quæ redditur in *d.* §. *in testibus*, *Inst. de testam.* cum dicitur, ideo hæc testimonia in testamento removeri, quia reprobatum sit in ea re *domesticum testimonium*. Hic enim *domesticum* accipere non debemus testimonium domestici. Nam profecto pater filio domesticus non est; non est ex domo & familia filii, quem tamen a testamento filii superiore ratione reiici, constat. Sed intelligendum est domesticum testimonium, quod est eorum, qui sunt ex eadem domo, & familia, seu quorum una domus, & familia est, idest qui ita sunt constituti inter se: ut unus sit is, qui paterfamilias dicitur, idemque caput familiæ, cæteri in ejus potestate; omnium conjunctio ea, ut unam domum, & familiam efficiant, ut *familiæ*, & *domus* verbum explicatur in *L. pronuntiatio*, §. *familiæ appellatio*, *D. de verb. sign.*

XX. Negotium testamenti inter testatorem, & heredem agi dicitur in §. *sed neque heres*, *Inst. de test. ord.* eaque de caussa ibidem traditur, nec heredem, nec propter heredem alias quasdam personas in testamento testes adhiberi posse. Negotium testamenti dicitus id, cujus caussa præcipue instituitur testamentum, & quo testamentum stat. Id negotium est heredis, idest universi juris successoris, institutio. Herede instituto, testamentum perfectum est, etiam si cæterarum rerum nihil testator addiderit. *L.* 1. §. *qui neque*, *D. de her. inst.* Contra sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. *L.* 1. *in fi. D. de vulg. & pupillar.* Apparet vero, hoc negotium geri inter testatorem, & heredem. Heres enim is est, in quem institutio confertur. Quam ob caussam & removetur, ne adhibeatur in testamento testis. Removendi ratio non obscura. Cum enim in testamento negotium ejus non oblique, sed recta, & principaliter agatur: perspicuum est, in testamento præcipue de re ejus agi. Nullus in re sua idoneus testis intelligitur. *L. nullus*, *D. de testib.*

XXI. Herede summoto, consequens fuit, ut tres item aliæ personæ una removerentur, uti & sunt remotæ, de quibus adiicitur in eodem §. *sed neque heres*, filius, qui in potestate heredis est, quoniam, ut supra diximus, intelligitur hic eadem persona esse cum patre, eodemque herede propter potestatem. *d. L. ult. C. de imp. & aliis subst.* Arg. in §. *ei*, *vero*, & §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip.* Item & heredis pater, qui eum in potestate habet, quia hic effectu heres est. Huic enim, adeunte filio, hereditatis commodum quæritur. *L. placet*, *D. de acq. her.* *L. cum filiusfamilias*, 11. *D. de legat.* Postremo & heredis fratres, qui sunt in ejusdem patris potestate. Nam & hi, ut jam dixi, eadem persona esse intelliguntur cum patre. Effectum est autem, ipsum patrem heredis eo testamento testem esse non posse.

XXII. Non geritur negotium testamenti cum legatariis, aut fideicommissariis, quia, ut est in §. *legatariis*, *Inst. de test. ord.* non juris, idest non universi juris, successores sunt. Proinde & his testamentum carere potest. Qua ratione *ibidem* adiicitur, his in testamento testimonium non denegari, ut & constitutum est *L. dictantibus*, *C. de testam.* Multoque minus cæteris personis superioribus, quæ his sunt conjunctæ.

XXIII. Sed videamus, ne non sit satis ad legatarios, & fideicommissarios admittendos, quod juris universi successores non sunt, quodque cum his negotium testamenti non geritur. Quid enim, si nihilominus de re eorum agitur in testamento? Generaliter traditum est, neminem idoneum testem esse in re sua, seu in re propria; *d. L. nullus*, *D. de testib.* *L. omnibus*, *C. de testib.* & propriam rem, seu caussam cujusque definimus eam, cujus emolumentum, vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. *L.* 1. §. *in propria*, *D. quand. app. sit.* Atqui emolumentum legati ad legatarium pertinet suo nomine; idque emolumentum percipitur ex testamento, ut palam sit, ut testamentum valeat, etiam in eo legatarii rem agi. Quidni igitur ex superiore regula testimonium ei denegetur, ut maxime juris successor non sit? Et rem legatariorum in testamento aliquo modo agi, non satis tuto negare possumus. Sed præter superiorem regulam, simul præter exemplum heredis exceptos, & testimonium eorum admissum in testamento, recte defendemus. Admittendi ratio duplex. Primum legati simul, & testimonii commodum non statim ad legatarium pertinet, quamvis pro testamento testimonium dixerit. Restat enim adhuc ad vim testamenti, eoque & legati, ut heres hereditatem adeat. Qua non adita, nihil in testamento scriptum valet. *L. eam*, *quam*, *C. de fideicommiss.* Potest autem heres hereditatem non adire. Quod si fit: perspicuum est, nullum com-

commodum, aut incommodum ex testimonio redire ad legatarium. Quod si heres adeat: consequetur quidem legatarius commodum legati. Sed huc per consequentiam contingit hereditatis aditæ, non principaliter, & testimonio ipso. Quæ principaliter fiunt, spectare solemus, non quæ per consequentiam. *L.* 1. *D. de auct. tut.* Idque est, quo recte hic distinguitur heredis testimonium a testimonio legatarii, quia scilicet illius res agitur principaliter; hujus non item, qui juris successor non est. Huc accedit numerus [14] reliquorum testium sex, qui vel per se satis esse poterat ad justam instrumenti, & testationis fidem; conjunctus cum legatario facile & hujus testimonium ab omni falsi suspicione tuetur.

XXIV. Illud de conditione testium in universum monendi sumus, si forte varia conditione testes nsi sint & quo tempore testamentum fit, & quo testator moritur, aut intermediis temporibus: conditionem eorum inspici debere, cum signarent, ut, si tunc tales fuerint, qui adhiberi non possent, testamentum non valeat: sin contra, nihil noceat testamento, si quid testibus postea contigerit. *L. ad testium*, §. 1. *qui test. fac. poss.*

14) Ita & noster *ad L. omnibus*, 10. (ipsi 9.) *C. de testib. sub fin.* Hoc. *in* §. 11. *I. h. t.* Sed quid, si omnibus testibus legatum relictum? Rationi huic tunc locus non erit, Cujac. *ad L.* 20. *pr. h. t.* quia forte officii remunerandi causa legata relinquuntur. Symmach. *Lib.* 1. *Epist.* Vigl. *in* §. 11. *I. h. t. n.* 8. apertiorem rationem esse, in *L.* 14. *de reb. dub.* Legari solet aliquid testibus ob meritum, & remunerationem testimonii, ut proniores sint ad confirmandum testamentum. Quod igitur factum ad confirmationem testamenti, non debet id evertere, aut infirmare. Vult. *in* §. *possunt*, & *seqq. h. tit. n.* 45. legatarium sæpe ignorare, an quid sibi relictum sit, si testamentum in scriptis, de quo solo hoc accipit Duar. *h. t. C.* 6. *f.* 326. Quia, inquit, in scripto cessat corruptionis suspicio, & *d.* §. 11. *I. h. t.* loquitur de testamento scripto, ut liquet ex preced. & ex §. *ult.* Et in *L.* 14. *de reb. dub.* est vocula, *signaverint*, &c. ac sequitur Dant. *ad L.* 24. *h. t. n.* 4. A. Feb. 66. *Err. Pragm.* 1. & 2. Sed Vigl. *in d.* §. 11. *n.* 9. & Charond. 2. *Verisim.* 20. id etiam in nuncupativo testamento obtinere, contendunt, quia textus non distinguit, & ratio generalis. Plura vid. apud Loriot. *Tit. de Testam. success. Axiom.* 15. Forner. 2. *Select.* 12. Connan. 9. *Comm.* 3. Goth. *ad L.* 22. *C. h. t.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 33. n. 22. Arumæ. *Exerc. Justin.* 7. *Th.* 26. Ant. Feb. 66. *Err. Pragm.* & *seqq.*

CAP. VIII.

In testamento scripto qualem testatoris testationem esse oporteat coram testibus; & quod factum testium in mutua testatione.

Testes ea, quæ testamento continentur, scire necesse non est. Contestatio testamenti quibus partibus constet; quomodo peragenda. I. seqq.

Emendatur L. ad testium 22. §. signum autem D. qui test. fac. poss. IV.

Possunt omnes testes uno, eodemque annulo, etiam a testatore accepto signare testamentum. V.

Testes adhibitos testamento simul adesse oportet, & permanere donec suprema contestatio peragatur. Quid si casus aliquis impediat. VI.

Testamentum uno contextu fieri oportet. Hujus regulæ explicatio, & exceptio. VII.

I. TEstibus quæsitis, & adhibitis, quos & quot oportet, sequitur pars secunda ejus actionis, quam testamenti factio desiderat, posita in testatione, & declaratione voluntatis testatoris. In hac testatione hoc primum tenendum est, non esse necesse, testes ea scire, quæ in testamento scripta sunt, ut coram ipsis testator ea pronuntiare debeat: sed sufficere scripturam testamenti, etiam clausam, & involutam, atque adeo consignatam, & ligatam proferre. *d. L. hac consultissima. in pr. C. de testa.* Quod reliquum est, ad hujus scripturæ testationem tria hæc præstare debet. Primum scripturam tenens, aut certo demonstrans testibus præsentibus dicet, suum hoc testamentum esse. Secundo loco petet a testibus, ut subscribant, & obsignent. Tertio scripturam in manum sumens ei in extrema parte subscribet; aut, si literas nesciat, vel morbo impeditus subscribere nequeat, adhibebitur octavus aliquis, qui ejus nomine subscribat. Hæc in *d. L. hac consultissima. in pr.* & vers. *quod si.* Subscriptio testatoris hoc testabitur, ipsius esse testamentum. Arg. in *L. pen. D. qui test. fac. poss.* nempe his verbis, aut similibus: *Ego Publius Mævius testor, hoc meum esse testamentum.*

II. Hac testatione testatoris interposita, restat pars tertia hujus actionis posita in facto testium, id est in eorum testatione mutua. Unde & tota hæc actio dicta

dicta est *contestatio suprema* in *L. qui testamento*, §. *ult. D. qui testam. fac. poss.* quoniam simul hic testantur testes, & testator, hic voluntatem suam testato declarando; illi testimonium præbendo. Ea testium testatio quatuor hæc continet: ut subscribant testes testamento; ut obsignent; ut hæc facient simul, & præsentibus reliquis testibus: postremo ut eodem tempore. Hæc in *d. L. hac consultissima*, §. *in omnibus.*

III. Primum subscribere eos oportet. Subscriptio [1] est annotatio eorum, continens, quis cujus testamentum signaverit, *d. L. pen. qui testam. fac. poss.* hoc modo: *Ego Lucius Titius hoc testamentum Publii Mævii subsignavi.*

IV. Deinde subsignabunt, seu signum testamento imponent. Quo loco quæsitum est, utrum anulo signatorio solum signare debeant: an vero possint alio quovis impresso, quo signare soleant. Et, ut vulgaris lectio est, ita scriptum est in *L. ad testium*, §. *pen. D.* qui testament. fac. poss. *Magis est, ut tantum anulo quis possit signare, dum tamen habeat* χαρακτῆρα Baro [2] *ad §. possunt, Inst. de testam. ord.* putat, deesse negationem, & ita legendum esse: *Et magis est, ut non tantum anulo quis possit signare.* Idem & Bartolus sensit. Is enim *ad d. §. pen.* summam loci ita concepit: *Signari potest anulo, vel sigillo, vel alio quovis signo*, ut appareat, eum aut eodem modo legisse, quo supra; aut ita legendum censuisse. Quibus assentior. Nam & sententia recte ex jure certo defenditur, & sola superiori loco apte convenit. Jus de signis testium in testamento adhibendis ita propositum est & in edicto prætoris, & constitutionibus: ut hæc nihil amplius exigant, quam ut testamentum signatum sit a testibus. Nec quidquam adijcitur de materia, aut forma sigilli, quo signetur. §. *sed cum paulatim, Inst. de testam. ord. d. L. hac consultissima, C. eod.* Proinde verbis legis, quo sigillo quis signet, nihil interest. Arg. in *L. item veniunt*, §. *petitum*, vers. *a quo*, *D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de Publician. in rem act.* Temperamentum autem, quod sequitur in *d. L. ad testium*, §. *pen.* hanc sententiam, & lectionem superiorem exigit. Est enim hoc temperamentum, *dum tamen habeant* χαρακτῆρα. Quæ verba, cum exceptionem habeant, non possunt omnino aptari, nisi orationi generali præcedenti, a qua sit hæc exceptio, atque hoc temperamentum. Oportet igitur, hanc orationem præcedere, licere quovis impresso signare, ac non anulo tantum: sic tamen alio quovis impresso, dum habeat characterem. Alioqui in oratione exclusiva, qua diceretur, licere tantum anulo signare, ita scribendum fuerat: *Sed magis est, ut tantum anulo quis possit signare, & quidem eo, qui habeat characterem*, ut scilicet duo hic exigerentur conjunctim, anulus, & is signatorius. Confirmaturque id etiam verbis præcedentibus, quia scilicet varie homines signent: quæ ratio præcesserat. Et hoc usus fere omnium gentium communis comprobavit. Sed ideo anuli fere semper mentio fit in hac obsignatione, ut in *d. L. ad testium*, §. *si ab ipso*, §. *possunt*, Inst. *de test. ord.* quod Romani ad signandum frequentius signatoriis anulis utebantur.

V. Hic quoque de signis testium notandum, posse omnes testes & uno anulo signare testamentum. *d. §. possunt. de test. ord.* Quin etiam & anulo, quem a testatore acceperint, non minus, quam alieno. *d. L. ad testium*, §. *si ab ipso.* Nec obstat, quod omnium signorum una sculptura est, cum sit idem anulus. Nam & hoc idem accidere potest in signis, quamvis singuli testes suo anulo signaverint. Possunt enim omnes anuli septem esse una sculptura: neque tamen ob id signa improbantur. Quæ ratio Papiniani fuit ad id defendendum, quæ refertur in *d. §. possunt. de test. ord.* Sed neque hic quisquam ea re falsi periculum metuat potius, quam aliter signando, quasi possit quis septem signa imprimere, ut tamen non sit, nisi unus testis. Idem enim periculum est etiam in septem signis, quamvis

1) Seu subsignatio. Signare enim antiquis est scribere. *L. subsignatum*, 39. *de V. S.*

2) Et Hot. 1. *Obs.* 21. & *ad §. possunt*, 5. *I. h. t.* quis signo commode impresso, ridiculum sit hoc inquirere, nec signari testamentum figura geometrica, orbiculari, aliave potest, sed imagine, ac signo impresso. & Bronch. 2. *Misc.* 16. Vult. *in §. possunt*, *& seqq. I. h. t. n.* 35. lectionem negativam non esse improbabilem scribit; mavult tamen cum Connan. 9. *Comm.* 2. n. 3. respondere Ulp. *in d. L.* 22 §. 5. loqui de eo, qui duobus signis utatur, & in his etiam annulo, per verba, *dum tamen habeat &c.* Quod & confirmat Borer. *Lib.* 1. *de Jure belli C.* 25. Arumæ. *Exerc. Justin.* 7. *Thes.* 17. Ant. Matth. *in Not. §. possunt*, 5. *I. h. t.* Hunnius. *Ill. Contr. Disp.* 7. *Q.* 7. Sed annulum præcise requirunt, Cujac. 14. *Obs.* 12. quia alia scrupulosiora requiruntur, ut in conspectu testatoris testes eodem tempore, ut ter lino per foramina trajecto obsignetur ex SCto. Neroniano. Paul. 5. *Sent.* 25. §. 6. Sueton. *in Nerone C.* 17. Facit. *L.* 1. §. *pen & ult. D. de bonor. poss. secund. tabb.* Ut annulo, non quovis, sed sigillarico (sed certe non intelligo qui alio quam sigillarico possit signari.) Nec igitur alio impresso, proprie non parato signandi causa. Ita Cujac. Duar. *h. t. C.* 5. *f.* 324. quia character annuli, qui in digitis gestari solet, notior est omnibus. Ergo ut facilius signum recognosci possit, & expeditior sit probatio. Vid. & Vigl. *in §. possunt*, 5. *I. h. t. n.* 2. & 5. Bauth. *ad L.* 22. *h. t. n.* 11. Robert. 1. *Recept. Lect.* 21. Charond. 2. *Verisim.* 10.

vis diversis, & diversus characteres habentibus, quoniam & unus tot diversis uti potest. Sed neutra ex re falsi periculum metuendum. Præcedunt enim singulorum testium subscriptiones, quæ testes primum satis distinguunt: deinde & testium signa, utpote subscriptionibus subjecta, atque his subservientia.

VI. Simul testes omnes hæc peragere debent, ut est in *d. L. hac consultissima*, §. *in omnibus*. Hoc autem est, quod dicitur in *L. qui testamento*, §. *&* *veteres*, 8. *D. qui test. fac. poss.* testes, qui propter solemnia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur. Hoc tamen ita, nisi casus aliquis testem invaserit, quo fiat, ut testem subduci oporteat, vel propter curationem morbi, vel propter contagionem, quam cæteri metuant. Tum enim concessum est, eum, qui id patitur, subduci, cæteris manentibus, dum tamen is prius officio testis functus sit, idest, audita testatoris testatione, testamentum obsignarit, & subscripserit. Hæc sententia *L. casus*, *C. de testament.*

VII. Postremo [3] fieri hæc debent uno eodemque tempore. *d.* §. *in omnibus*. Hoc rursum illud est, quod veteres dixerunt, uno contextu actionis testari oportere, ut sit, testes cum testatore uno [4] contextu actionis testamentum peragere debere. §. *sed cum paulatim*, *Inst. de test. ord. L. heredes*, §. *ult. D. qui test. fac. poss.* ubi *uno contextu* esse dicitur nullum alienum actum testamento intermiscere; & alienum esse id, quod ad testamentum non pertineat: quod si testator aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiari. Ad testamentum pertinere actus intelligitur, qui interponitur testamenti caussa, veluti si memoriæ caussa quærantur codicilli a testatore, in quibus scriptum sit quod faciat ad supremam voluntatem, de quo se ad testamentum perficiendum admoneri velit; si quærantur calami ad subscribendum, signa, aut cera ad obsignandum. Qui actus talis non est: placet, ut ad testamentum non pertinet, sic eum interrumpere testamentum: ut quamvis, quæ decrant, secuta sint ordine: nihilo tamen magis testamentum ratum sit, quia non perfectum eodem tempore, & uno contextu actus. Temperatum tamen hoc posterius constitutione Justiniani in *L. cum antiquitas*, *C. de testam.* & cautum, ne extraneus actus interpositus noceat testamento, si eum necessitas valetudinis, vel naturæ expresserit; & sit is, quem constet, natura brevem esse solere, veluti si cibus, aut potus, vel medicamentum præbeatur ægroto; si necessitas naturæ, si etiam morbus comitialis incidat. Quod si incidat vel testator, vel testis in aliquem morbum, de quo sciri non possit, longus futurus sit, an brevis, is testamentum interrumpet, quamvis præter expectationem brevis fuerit: &, hoc finito, ad reliqua peragenda testator, & testes redierint.

CAP.

[3] Debent testes esse congregati, nec, si quilibet separatim signaverit, valet testamentum. Vid. Mod. Pist. *P.* 1. *Q.* 30. Debent & testes esse in conspectu testatoris, *L.* 9. *C. h. t.* ut eum, & se mutuo conspicere possint, ne alius vocem ejus simulet, & effingat. Cujus fraudis exempla refert Mollor. *ad Const. Elect. Sax.* 3. *P.* 3. *n.* 12. Nocte quidem signari potest: *L.* 22. § *pen. h.* sed accensis luminibus, Goth. *in Not. d. l.* 9. saltem tribus. Simon de Praetis *Lib.* 2. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 2. *Dubitat.* 1. *Solut.* 3 *n.* 9. Arg. *L.* 1. §. 10. vers. *tria lumina*, *de inspic. ventre.*

[4] Contractus igitur in testamento celebrari nequit per *L.* 20. *de f. S.* ut contra DD. Vigl. *in* §. 3. *I. h. t. n.* 5. Charond. 2. *Veritim.* 10. P. Greg. 42. *Synt.* 9. n. 3. Alex. Piconard. *ad pr. I. h. t. pag.* 41. *& seq.* Aromat. *Exerc. Justin.* 7. *Th.* 18. Quid enim magis a testamento alienum? Hic mutuam duorum, illud unius sententiam requirit: hic statim ligat, illud resipiscendi locum relinquit. Excipit Duar. *h. t. C.* 4. nisi quoquo modo pertineat ad ultimam voluntatem, & cito expediatur, per *L.* 1. §. 3. *de adsign. lib. L.* 26. *de pign. act.* Diss. cum DD. & Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. n. 101. Loriot. *de Jur. arte Tr.* 11. *de Testam. success. Axiom.* 25. quemcunque contractum intermisceri posse. sentiens, quia actus modicus non vitiat. *L.* 1. §. 1. *de V. O.* Contractus autem est actus modicus. *L.* 6. §. *ult. de duob. reis.* Vid. & Dauth. *ad L.* 21. *h. t. n.* 37.

CAP. IX.

Superiorem observationem in testamentis scriptis jure communi receptam: in quibusdam jure singulari partim auctam esse, partim relaxatam. Auctam in testamento cæci. Relaxatam in his generibus quatuor, rusticanorum, parentum testantium inter liberos: posteriore testamento interdum, testamento ad pias caussas comparato atque hæc in singulis quatenus.

Solemnia jure singulari in quibusdam testamentis aucta, in aliis remissa. I.
Aucta in testamento cæci. Quæ forma in hoc testamento observanda. II.
Quibus in testamentis remittantur. III.
De forma testamentorum, quæ fiunt a rusticis. IV.
Item testamentorum, quæ fiunt a parentibus inter liberos. V. VII. VIII.
An valeant extraneis relicta testamento inter liberos non solemni. VI.
Quando, & quam vim habeat posterius testamentum non solemne. IX.
De testamento ad pias causas. X.

I. Atque hæc communis, & solemnis observatio est in testamentis scriptis, iisque privatis jure recepta, observatio ejusmodi: ut, cum eæ res intervenerint, quas hic exigi diximus, nihil necesse sit alia adjici; &, si adjecta sint, nihil noceat in his aliquid ex solemnibus aliis defuisse: arg. in *L. heredes, in pr.* illic, *& si plures, D. qui test. fac. poss.* contra, si quid ex his [1] vel minimum desit, testamentum pro infecto habeatur, etiamsi adsint cætera omnia, veluti si vel unus testis idoneus desit; si quis ex testibus signaverit, non adscripserit nomen suum; aut subscripserit, non signaverit. *d. L. hac consultissima, §. in omnibus, in fin. C. de testam. L. ad testium, §. si quis, D. qui testam. fac. poss.* Sed hæc, inquam, solemnis & vulgaris observatio est: verum a qua nonnullis in caussis recessum sit jure singulari, quo jure solemnia superiora quibusdam in testamentis aucta sunt; in quibusdam relaxata.

II. Aucta [2] in testamento cæci, *L. hac consultissima, C. qui testamen. fac. poss.* ubi præter scripturam eo modo subscriptione notatam, & obsignatam a testibus necessariis, quo diximus, exigitur, ut voluntas testatoris, quæ scripto continetur, testibus omnibus uno, & eodem tempore innotescat, sive hanc nuncupare velit cæcus, quam deinde unus ex testibus exceptam ex scripto recitet omnibus audientibus, & cæcus probet: sive, ea prius scri-

pto

1) An autem in foro animæ, sive conscientiæ judicio, testamentum ratione solemnium imperfectum, servandum, an obligationem naturalem pariat? Quæstio anceps est, de qua Vasqu. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 1. *n.* 23. *& seq.* Menoch. *Lib.* 1. *de Præsumpt. Q.* 80. *n.* 13. *& seqq.* Jo. Dauth. *de Testam. n.* 443. *& duo seqq.* Fachin. 4. *Contr.* 5. Negantis argumenta firmiora mihi hæc videntur. (1) Omnis actus perfectio consistit in duobus, voluntate, & potestate. Neutrum sine altero obligationem ullam producere potens est. *L.* 6. *C. si quis alt. vel sibi* & simil. Quemadmodum itaque incapacis, prodigi, intestabilis ob carmen famosum ex. gr. voluntas non obligat etiam naturaliter ob defectum potestatis; ita nec capacis alias ob eamdem. Æque enim ut ille plane, ita hic sine solemnibus testari vetatur. (2) A defectu solemnium arguitur ad defectum voluntatis. Testator quia scivit (semper jura præsumunt, quem de eo, quod lex jubet, cogitasse. Arg. *L.* 38. *de acq. hered.* Godd. *in L.* 100. *de V. S. n.* 3.) aut debuit scire, quid leges requirant, ea cum minime absolverit, pœnitentia ductus, nec in voluntate perdurasse censetur. Arg. *L.* 11. *de injust. rupt. L.* 18. *de legat.* 3. (3) Sententia judicis, adjudicantis hoc casu hereditatem legitimis, etiam in foro interiori valida; Prov. 8. *Rom.* 13. *C.* 2. *extr. de major. & obed.* & naturaliter etiam ad parendum obligat. Ergo ne obligatio naturalis naturali adversetur. (4) Princeps, qui jure civili solutus est, ex hujusmodi testamento capere nequit. *L.* 3. *C. h. t.* Affirmantium argumentum potissimum est, quia solutum ex hac causa non repetitur condictione indebiti. *L. ult. C. ad Leg. Falc. L.* 2. *C. de fideic. L.* 16. §. 1. *C. h. t.* Fach. 4. *Contr.* 5. Sed respondeo ego, non ob obligationem naturalem ex defuncti voluntate profectam, sed ob civilem, ex facto ipsius heredis, voluntatem illam, licet juris effectu destitutam, suo judicio adprobantis (quæ ratio in ipsis textibus) quæ non tantum exceptionem dat, sed & actionem *d. L.* 16. §. 1. Sic & filius exheredatus, postquam agnovit judicium, querela uti nequit: *L. pen. & ult. C. de inoff.* nec ideo sequitur, querelam inofficiosam juri naturali repugnare, aut testamentum, quo liberi exheredati, in conscientiæ foro valere. Quod nemo dicet. Deinde, aut scit heres, legata hujusmodi præstans, testamentum minus esse solemne, & impeditur condictio non ob naturalem obligationem, sed ob scientiam: *L.* 2. *L.* 50. *D. L.* 9. *C. de cond. indeb.* (Donare enim videtur.) Aut nescit; &, vel errat in jure, ac propterea non condicit, quia error is ei obest; aut in facto, & condicere posse, textus est *L.* 7. *C. de condict. ind.* Et sic hoc argumentum valide retorquetur.

2) Hoc nec scriptum nec nuncupativum esse, sed mixtum, quod, propter majorem falsitatis metum, solemnium utriusque speciei interventum exigat. Vigl. *in* § 4. *I. quib. non est permiss. n.* 2. Vid. de testamento cæci Vasq. 3. *Ill. Contr.* 103. Simon de Pratis *Lib.* 1. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Solut.* 4. *n.* 98. *& seq.* Dauth. *de testament. n.* 231. *& seqq.* Quid si cæcus inter liberos testetur, an eadem solemnia? Negant Vasq. *d. loc. n.* 11. Clar. §. *testamentum. Q.* 17. *n.* 2. P. Greg. 42. *Synt.* 8. *n.* 21.

Digitized by Google

pto comprehensa, scripturam uni ex testibus palam legendam tradat, quam deinde suum testamentum esse profiteatur. Hoc amplius præter septem testes exigitur octavus, idem & testis, & testamenti exceptor, aut recitator is, quem ante indicavimus: & is non quivis, sed tabularius, si eo loco ubi testamentum fit, sit tabulariorum copia.

III. Relaxata hæc eadem solemnia quatuor in generibus testamentorum, in testamento [3] rusticanorum, in testamento parentum testantium inter liberos, in posteriore testamento interdum, tum in testamento ad pias causas comparato.

IV. De testamentis rusticanorum constitutum est in *L. ult. C. de testam.* qua constitutione in summa Justinianus remisit rusticis testium numerum, & subscriptiones sed utrunque certa conditione. Numerum quidem solemnem, si in illis locis, ubi testamentum fit, non reperiantur septem testes, dum tamen ne pauciores adhibeantur, quam quinque: subscriptiones autem, si qui erunt non literati testes, nec alii in illis locis reperiantur. Quorum alterutrum si contingeret, etiam hanc conditionem accedere voluit, ut rusticus voluntatem suam palam pronuntiaret coram testibus.

V. De testamento parentum, quod fiat inter liberos, ita cautum in *d. L. hac consultissima*, §. *ex imperfecto*, *C. de testament.* etiam ex imperfecto testamento voluntatem parentum utriusque sexus inter liberos tenere. Quicunque ergo parentes erunt, sive qui liberos habeant in potestate, sive qui non habeant; quicunque liberi, quocunque sexu, & quocunque gradu sint, voluntas parentum rata erit inter liberos. At quæ voluntas? Ait lex; Etiam *ex imperfecto testamento*. Ergo quodcunque scriptum proferetur parentis, sive id erit cæptum, needum impletum testamentum; sive codicillus, sive epistola, sive quæcunque aliæ quibuscunque verbis relictæ scripturæ: valebit voluntas inter liberos, ut hoc explicatur in *L. ultim. C. fam. erc.* Ergo, etsi deerunt testium subscriptiones, aut signa, atque adeo [4] etsi deerunt testes ipsi. Sed hic Justinianus amplius aliquid exegit in *Nov. de testam. imperf.* 107. §. 1. Id autem est, ut, si pater scripto testari velit inter liberos, & noverit literas: ipse sua manu scribat & liberorum nomina, [5] & uncias, ex quibus eos heredes esse velit; itemque res singulas, quas velit inter eos distributas; & scribat hæc ipsa non notis, sed claris, & plenis literis. Hinc *Anth. quod sine*, *C. de testament.*

VI. Enimvero valet hæc voluntas imperfecta, quæcunque est, solum inter liberos, ut adjicitur in *d.* §. *imperfecto.* Idque *ibidem* ita explicatur, ut, si liberis alia sit extranea persona mista: quod de ea cautum est, pro nullo habeatur; quodque huic non accedit, id liberis accrescat. Quod jus, aliis heredibus institutis, etiam nunc manet. In legatis nonnihil est immutatum. Permisit enim Justinianus eo testamento legata aliis, & libertates relinquere, & valere jussit, si modo hæc propria manu testatoris eo testamento scripta sint, & simul coram testibus a testatore nuncupata. *d. Novell. de testam. imperf.* §. 1.

VII. Sed quod dicimus, omnem hanc voluntatem imperfectam valere inter liberos, & admittere etiam legata collata in alios: sic accipiendum erit, dum prius constet, esse supremam voluntatem parentis, quam ille servari voluerit inter liberos. Nam & militum voluntas, quocunque modo testati sint, rata est. *L.* 1. *D. de test. mil.* Sed tamen & hoc ita acceptum: ut prius constare debeat, testamentum ab his factum esse. §. *plane*, *Inst. de mil. test.* Probatio in scripturæ fide, aut testium. Si ergo pater voluntatem scripto complexus est, & convenit inter liberos, hanc esse patris manum: consequens erit, nihil amplius quærendum esse. Fides hæc est scripturæ, de cujus auctore non dubitatur. *L. in exercendis*, *C. de fid. instr. L. cum precibus*, *C. de prob.* Sin ambigetur, an sit hæc patris scriptura; aut sine scriptura quæretur, an parens id voluerit, quod voluisse dicitur: volun-

3) Duar. *h. t. C.* 7. vers. *quarta exceptio &c. f.* 331. non tantum respici ad rusticitatem, sed & difficultatem. Quare, si urbanus faciat in vico non valere, putat. Licet enim altera ratio adsit, altera tamen deest. Dion. Goth. in *Not. d. L. ult.* Cujac. in *L.* 21. *pr. h. t.* vult, ea, quæ ruri fiant, & quæ inter liberos, nos non quasi testamenta, sed quasi intestatorum voluntates defendere. Quod non videtur. Jure Saxonico dispositio rusticani coram duobus testibus, & presbytero facta subsistit Coler. *Decis.* 35. n. 4.

4) Clar. § *testamentum*, *Q.* 14. Menach. 4. *Præsumpt.* Gail. 2. *Obs.* 122. n. 8. Fachin. 4. *Contr.* 1. Hoc enim ex *Nov.* 107. *C.* 1. ex contrario refertur, ubi nihil extraneis relinquitur, testes non requiri. Et ita distinguunt quoque Thoming. *Decis.* 4. n. 7. Arumæ. *Exerc. Just.* 7. *Thes.* 12. Dissen. Cujac. *Consult.* 1. quia sine testibus ne testamentum quidem dici possit; & in *L.* 21. §. 1. imperfectum dici non quod testibus caret, sed quod ab iis non subsignatum, per verba extrema, §. *praeced.* cui satisfacit Fach. 4. *Contr.* 1.

5) Unde apparet valere, etsi inæqualiter liberi instituti. Nam si æqualiter omnino, nulla utilitas. Vid. Fach. 4. *Cont.* 2. Vid. de his testamentis præter plurimos allegatos a Treutl. *Vol.* 2 *Disp.* 10. *Th.* 6. *lit. H.* Coler. *Decis.* 36 P. Gregor. 42. *Synt.* 5. n. 5 & *seqq.* Fach. 4. *Contr.* 1. 2. 3. 4. H. Pistor. *Lib.* 1. *Q.* 1. & 2. Fopp. ab Aizema 2. *Dissert.* 20. Welth. 2. *Misc.* 37. Goth. in *Not. de L.* 21 §. 1.

Digitized by Google

voluntas testibus probanda est, quæ maxime idonea, & communis probatio est. *d. L. in exercendis*, *C. de prob. L.* 1. *C. de testib.* In quo, cum de numero testium nihil præscribatur, utemur communi regula, ut duo testes etiam non rogati, dum idonei, sufficiant. *L. ubi*, *L. ad fidem*, *D. de testib.*

VIII. Recte autem dictum, hic voluntatem parentis tenere inter liberos ex imperfecto testamento, ut intelligamus, ita tenere, si nihil aliud obstet testamento, quam quod sit imperfectum. Diversum, si sit inofficiosum. Nam hoc præcipue servandum est parenti adversus liberos, ne testetur contra officium pietatis. *L.* 1. 2. 3. *L. nam etsi*, *D. de inoffic. test.* Sic ergo valebit imperfectum testamentum parentis inter liberos, dum singulos heredes instituat, aut recte exheredet; institutis non minus relinquat, quam legitimam portionem. *L. parentibus*, *C. de inoff. test.*

IX. Testamentum posterius valet & ipsum quoque interdum, licet imperfectum. De quo ita cautum est in *d. L. hac consultissima*, §. *si quis autem*, *C. de testam.* ut, si priore testamento heredes scripti sint, qui ab intestato ad successionem defuncti venire non poterant; posteriore autem instituti hi, qui ab intestato vocabantur: placeat, voluntatem valere, sed his cautionibus, primum ut in posteriore testatione quinque saltem testes intervenerint, qui deinde jurati de voluntate, & testatione defuncti deponant: deinde ut valeat posterior hæc hactenus, ut infirmetur quidem prius testamentum: cæterum ipsa per se non tanquam testamentum valeat, sed tanquam voluntas intestati, idest tanquam codicilli. *L. ultim.* §. *illud*, *C. de codicill.* Quod eo pertinet, ut intelligatur nihil ex eo testamento valere, aut capi posse, nisi quod codicillis relictum valeret. Idcirco legata, & fideicommissa eo testamento relicta peti posse, ut cætera, quæ codicillis recte relinquuntur: si qui autem alii heredes extranei instituti sint, pro institutis non habendos, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest. §. *codicillis*, *Inst. de codicill.*

X. De testamento ad pias caussas collato, bene, & humanitati, ac verbo Dei consentienter cautum est in *Capit. relatum*, t. *extra de testament.* ut, quidquid suprema voluntate in pias caussas confertur, voluntas rata sit quovis genere testationis: proinde [6] & duobus tantum adhibitis idoneis testibus. Piæ caussæ sunt, si quid ecclesiæ, ai pauperibus, si in redemptionem captivorum relinquitur. Has caussas præcipuo favore dignas esse, res loquitur.

CAP.

6) Vid. Alv. Valasc. *Tom.* 1. *Consult.* 67. & 74. Ratione autem voluntatis imperfectum nec ad pias caussas valere, recte, pluribus collatis, Dauth. *de Testam. n.* 17. Accenseri his solet in loco grassantis pestis conditum, quia tempus pestis comparatur tempori belli, quasi tunc censeatur bellum esse inter DEUM, & homines, Bart. *in L.* 5. *de usurp. & usuc. n.* 15. *referentibus* Vult. *pr. I. h. t. n.* 57. qui hoc *quasi militare* vocat, & Duar. *h. t. C.* 7. *f.* 334. quia necessitas non habet legem; Et quia certo jure deficimur, a simili judicandum. Gail. 2. *Obs.* 118. *n.* 8. Cameræ sententia duos sufficere, si nimium grassatur, & Myns. 1. *Obs.* 96. Bocer. *Lib.* 1. de *Jure belli C.* 28. *in fin.* D. Augustus Saxonicus Elector. *Const.* 4. *P.* 3. duos vel tres requirit, si ipse testator lue correptus, ejusve domus infecta. Ubi vid. Moller. & Virgil. Pingitz. *Ill. Q. Sax.* 20. Dist. Cujac. 26. *Obs.* 10. per *L.* 8. *C. h. t.* quam loqui, vult non de testibus, sed testatore ægro; & verbum *oppressos*, interpretatur, non *correptos morbo*, sed *terrore ejus circumventos*. Et hoc tantum remitti, ut extra conspectum testatoris signare possint. Fachin. 5. *Contr.* 92. putat, in *d. L.* 8. hoc relaxatum, ne testes conveniant, sed ut quisque separatim signere posit: de numero autem solemni nihil esse remissum; & ideo pro *conveniendi* legit *convenientis*, vel dicit, *convenire* poni pro *invenire*. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 2. remissum id, ne ad testatorem laborantem peste cogantur accedere; sed uno tamen in loco septem testes debere convenire, ubi signacula addant. Mihi videtur *d. L.* 8. nihil ad totam rem facere, nec loqui de testamento tempore pestis, sed de casu aliquo inopinato accedente, ut si, dum conditur testamentum, testator, vel testium aliquis morbo epidemico corripiatur, ubi hoc relaxatur, ut testatio, etsi non unico contextu facta, valeat. Quod probo. I. Ex verbis, *casus novi contingentis*. Pestis non est casus novus. II. Ex vocule, *oppressos*, idest, quos nec opinantes morbus repentinus, comitialis forte, invasit. Nam *contagio* non semper pestem significat, ut apparet ex *Lib. Cic. de fato*, & *Oration. pro C. Rabirio*.

Digitized by Google

CAP. X.

De testamento nuncupativo. Ejus ordinandi forma.

I. AC de testamenti [1] scripti, ejusdemque privati ordinatione dictum est. Licet, ut diximos, & sioe scripto privatim facere testamentum per ouncupationem. In quo hæc observatio, & forma est: ut testator voluntatem suam de iis, quæ en testameoto post mortem snam fieri velit, nuncupet coram septem testibus adhibitis, quales supra descripsimus; idque uno contextu actionis: ouncupet autem palam, & ita, ut testes exaudiant. Forma comprehensa partim in §. *ult. Instit. de testam.* partim in *d. L. hac consultissima*, §. *per nuncupationem*, *C. eod.* & *L. heredes*, *D. qui testam. fac. poss.* Quæ forma sic recte intelligetur, si, notatis hujus actioois partihus, quid singulæ postulent, breviter dixerimus.

II. Observandum igitur, quædam hic communia esse cum testamento scripto; quædam discrepare. Communia hæc: testes rogati, numerus testiom, eorum conditio, unus contextus testationis. Quæ qualia sint, ex superioribus sumendum est. Discrepant duo: scriptura, [2] & nuocupatio. Scripturam nuncupativum testameotom non desiderat, idest, ubi voluntas palam nuncupatur coram testibus, illic voluntatem scripto compleri non est oecesse. *d.* §. *ult. Inst. de test. ord. d. L. hac consultissima*, §. *per nuncupationem*, *C. eod.* Et hoc præterquam in testamento cæci, io quo utrunque exigi diximus, & scripturam, & insuper nuncupatiooem voluntatis. *d. L. hac consultissima*, *C. qui test. fac. poss.* Discrepat [3] & nuncupatio, quod hæc solius hujus testamenti propria est; illam testamentum, quod scripto fit, non reqoirit. *d. L. hac consultissima*, *in pr. C. de testam.* Solum, ut dixi, ntrunque conjunctum habet testamentum cæci.

III. Desiderat hæc nuncupatio tria: ut testator voluntatem supremam omoem, quam pro testamento valere velit, [4] nuncupet; ut palam; ut ita, ut testes audiant; ut iisdem locis indicatur.

IV. *Nuncupare* est verbis, & lingua pronuotiare. Unde io *L. si is*, *qui testamentum*, *D.* qui testam. fac. poss. *nuncupare heredes*, & *pronuntiare heredes* pro eodem usurpantor. Et quod in Lege duodecim Tabularum lex jubet ea præstari, *quæ lingua essent nuncupata*, ut refert Cic. *Lib.* 3. *Offic.* id Ædiles in Edictum suum transfereotes sic expresserunt, ut juberent, ea præstari, *quæ dicta*, *promissave essent.* L. 1. L. sciendum, *in princip.* & §. 1. *D. de Ædil. edict.*

V. Palam hic voluntas ouncupaoda est. *d. L. heredes* qui testam. fac. poss. *Palam* [5] hic valet clare, & intelligenter sic, ut a testibus exaudiri possit; non etiam publice, & in propatulo, ut ead. *L. heredes* declaratur. Quomodo dictum in Ædilicio edicto: *Quid morbi*, *vitiive sit*, *palam recte pronuntianto.* L. 1. D. *de Ædil. edict.* Quod ldeo hic apertius monendum fuit, quia alioqui *palam* interdum etiam publice significat, ut cum dicitur

1) Cujus duo commoda adsignat Jo. Fab. *in* §. *ult. I. h.* referente Vult. *ibid. n.* 5. (1) Ne qui speraruot, sed nihil acceperunt, odium in testatorem concipiant. (2) Ne accepturi mortem captent.

2) Potest tamen & hoc in scripturam redigi ad fidem rei gestæ. Nec enim eo solo, quod scribitur, æstimandum testamentum scriptum, sed ex animo, & mente testatoris. Vult. *in d.* §. *ult. n.* 8. Vid. Muret. *ad L.* 2, §. *his legibus*. 8. *de O. I.* Vigl. *ad* § *sed cum*, 3. *I. h. t. n.* 3. & *ad* §. *ult. I. h. n.* 3. ubi testatur, nuncupativum pene solum hodie in usu esse: quod tamen in scripturam redigi solet, quæ non ad substantiam, sed probationem actus adhibetur.

3) Hot. 9. *Obs.* 12. Nuncupandi quidem, ait, formula olim, & tabulis, ac testamento scripto per æs, & libram conjuncta. Ulp. *Tit.* 20, §. 9. Sed illa formula in desuetudinem abeunte, nuncupati testamenti appellatio relicta est ei, quod sine scriptura, solo sermone constat.

4) Licet igitur olim instituendi heredis tessera esset annuli traditio, ut, cui moriens annulum suum traderet, etsi non voce nuncupatus; tamen judicio electus heres censeretur, ut ex Valer. Max. *Lib.* 7. C. Justin. *Lib.* 12. Q. Curtio *Lib.* 10. &c. probant Hot. *Disp. Feud. C.* 22. Forner. 1. *Select.* 3 & Popp. ab Æxema 2. *Dissert.* 26. Hodie tamen illa traditio heredem non facit. *L.* 77 §. 21. *de legat.* 2.

5) Cujac. *ad L.* 21. pr. h. t. *Palam* in *d. L.* 21. & *L. ult. de jure codicill.* id est exaudientibus testibus, quo maxime distat a scripto, quod secretum, & mysticum est.

ritur mulier *palam quæstum facere*. L. palam, *D. de rit, nupt.* Sed hoc, cum verbum refertur ad id, quod fit; non ad id, quod dicitur, & pronuntiatur. Et maxime aliena hæc significatio est, cum de testamento agitur, quod fit privatim domi coram privatis testibus.

VI. Ita hic voluntatem nuncupare oportet, ut testes non tantum exaudire possint, ut est in *d. L. heredes*: sed etiam ut audiant, ut est in *d. L. hac consultissima*, §. *per nuncupationem.* Hoc verbo sciamus, non audientiam soni tantum exigi: sed etiam sermonis testatoris intelligentiam. Qui in testamento nuncupativo sermonem testatoris non audiunt, aut auditum non intelligunt, puta peregrini, & linguæ ignari: pariter pro non adhibitis habendi sunt. De quo tamen posteriore, quia dubitari potest ex *L. qui testamento*, §. *penult. D. qui test. fac. poss.* ubi id negari videtur: haud abs re erit paucis in hac sententia confirmari.

VII. Hujus vero sententiæ duo sunt non dubia argumenta: finis auditionis hujus; & verba ipsa legis, quæ hanc auditionem requirit. Finis primum. Quo enim sermonem testatoris audiri a testibus, nisi ut ab his intelligatur? quorsum illi adhibiti testes, nisi ut de voluntate testatoris aliquando testificari possint? neque vero de re non intellecta, eoque nec percepta testimonium dicent. Rei enim ignotæ nulla affirmatio est, nullum testimonium. Jam Legis de hac nuncupatione hæc verba sunt, ut velit voluntatem nuncupari coram testibus. *d.* §. *ult. Inst. de test. ord.* Non intelligitur quidquam fieri coram aliquo, seu aliquo præsente, nisi is intelligat. *L. coram D. de verb. sign.*

VIII. Negari tamen hoc videtur, ut, dixi, in *d. L. qui testamento*, §. *penult. D. qui test. fac. poss.* ubi diserte scriptum est, in teste ad solemnia testamenti adhibito non exigi intelligentiam sermonis; sufficere, si vel sensu percipiat, quis cui rei adhibitus sit. Sed id de testibus ad testamentum scriptum adhibitis dictum accipiendum est; nec quod de his in hac re dicitur, id ad testes ad nuncupationem adhibitos pertinere putandum est. Quorum prius verba superioris loci satis docent; posterius differentiæ ratio exposita facile expediet. Verba priora ejus loci hæc sunt: *Et veteres putaverunt, eos, qui propter solemnia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur.* Solemnia testamenti sunt subscriptiones & signa testium, quæ testamentis adhibentur. His solum locus est in testamentis, quæ scripto fiunt. Ea nuncupatio non recepit. Sed & illud, *durare*, moram, & diuturnitatem aliquam temporis significat, cui solum locus est in scriptis testamentis, ubi subscriptiones omnium testium, & obsignationes oportet expectare. Nuncupatio, ut paucis verbis, ita uno pene momento transigitur. Sed præcipue *contestationis* verbum, quod illic legimus, de testamento scripto agi, indicat. Est enim proprie *contestatio*, cum est mutua testatio testatoris & testium. Quod solum in testamentis scriptis contingit, ubi scilicet, sicut ante dixi, testator voluntatem suam testatur coram testibus; testes mutuo illi testimonium præbent subscriptione sua, & obsignatione. In nuncupatione, quæ fit coram testibus, audiunt solum testes, quid nuncupetur; testimonium autem suum nullum consignant in præsentia; sed expectant, dum id præstent, mortuo testatore, iis, ad quos ea res pertinet.

IX. Jam, cur in testibus ad testamentum scriptum adhibitis intelligentiam sermonis non exigamus; in iis, qui ad nuncupationem adhibiti sunt, exigamus, non difficilis explicatu ratio est. Nam, cum testes ad testamentum scripto comprehensum adhibentur, primum non necesse est, eos intelligere sermonem, quo testamentum conceptum est, cum ejus testationis fides non ab ipsis petatur, sed a scriptura sola, quæ ideo sæpe clausa profertur. Multo autem minus necesse est testem intelligere, quid cæteri testes dicant, aut scribant, dum testatorem norit; & sciat, se ad testamentum ejus adhiberi: quod quidem sensu etiam ipso percipi potest, cognitis aliorum testium subscriptionibus, & obsignationibus, quæ non nisi testamentis adhiberi solent. Diversa caussa est nuncupatæ voluntatis. Quoniam enim hæc scripto probari non potest, quod hic nullum, aut non solemne intervenit: restat, ut ejus omnis fides posita sit in depositione, & testificatione [6] testium, qui aliquando de testamento interrogati dicent, testatorem instituisse illos, aut illos heredes; illis, aut illis legata, vel fideicommissa dedisse. Quæ sane dicere, & testificari testes non poterunt, nisi prius cognoverint: nec cognoscent, nisi prius intellexerint.

X. Cum sit autem hæc forma testandi multis partibus expeditior, quam superior

6) Ita, & Hot. in § testes, 6. (ipsi 3) I. h. t.

Digitized by Google

perior illa scripti testamenti: hoc loco non abs re quæretur, quid opus sit in superioris diligentia laborare; & an non sit superfluum id facere, ac melius hanc potius sequi. Sed utraque forma suas proprias utilitates habet, propter quas expediat testatoribus interdum hac, interdum illa potius uti. Nec quia posterior facilior est, & brevior, ideo est utilior, & certior, ut declaratur exemplo codicillorum, qui nullam fere solemnitatem juris desiderant, ut testamenta: neque eo minus usus est utilis, & certus testamentorum. Et testamentum potius scribi, seu scripto potius ita confici, ut diximus, duas ad res plurimum refert: ad secretum voluntatis supremæ, tum ad fidem testationis. In testamento scripto voluntatem enuntiari necesse non est, ut diximus. *d. L. hac consultissima, in pr. C. de testament.* Ac sæpe permagni interest testatorum, & heredum, cæterorumque, quibus quid relinquitur, secretas esse supremas voluntates. Nuncupatio voluntatis hanc utilitatem non admittit. Et, quod ad fidem testationis attinet, in testamento scripto fidem testationis ipsa scriptura per se facit, jam ab initio subscriptionibus & signis testium confirmata, ut quamvis postea testes decesserint; aut, conditione mutata, testimonium dicere in judicio non possint: nihilominus testamentum ratum sit, dum ii testes, qui supererunt, signa sua agnoscant. In testamento, quod per nuncupationem fit, quia nulla scriptura est, quæ voluntatem testatoris eloquatur, necesse est, hujus voluntatis fidem omnem pendere ex depositione testium, qui id dicant, & testentur, quod scriptura, si ulla esset, faceret. Unde eveniet, ut, nisi testes vivant, a quibus hæc testificatio esse potest; & in judicio testimonium dicere possint: frustra sit suprema testatio, cui neque scriptura idonea, neque testes ipsi adhibiti testimonium præbeant.

CAP. XI.

Res testamenti ad vim ejus necessarias esse, omnibus quidem testatoribus in commune heredis liberam institutionem: in parentibus autem liberorum; in liberis parentum; in fratribus fratrum institutionem, aut justam exheredationem. Atque hic primum de officio parentum erga liberos; & qui liberi ad hoc officium pertineant. Ubi in nepotibus postumis de formula Galli Aquilii: in iis nepotibus, qui postumorum loco habentur, de lege Velleja agitur; quæque sit utriusque sententia, breviter, & dilucide indicatum.

De interna testamenti forma leges quædam communes omnibus, quædam propriæ certi generis personarum. I.
In quovis testamento necessaria institutio heredis. II.
Leges propriæ certi generis personarum ad quos pertineant. III.
Liberi omnes proximi gradus in testamento a parentibus vel institui, vel exheredari debent. IV. V. VI. XII. XIII.
Etiam postumi. VII.
Et non tantum filii, sed etiam nepotes. De iis jus vetus, ejusque mutatio. VIII. IX. X. XI.

I. HÆc de testandi modo, in quo sunt solemnia externa testamenti comparata ad firmandam testationis fidem. Sunt, ut proposui, & testamenti ipsius res quædam (ex quibus quidem nonnullæ testatori liberæ sunt, utpote ad voluntatem ejus tantum, non ad ullam necessitatem recte testationis pertinentes, ut legata, & fideicommissa, tutelæ dationes, manumissiones, quæ non sunt hujus loci. At sunt aliæ, quæ necessitatem hujus loci attingunt, de quibus & hic cognoscendi locus est), res, inquam, ejusmodi, quas in testamento ipso inseri, & caveri oporteat, ad vim testamenti & ipsæ ita pertinentes: ut, his omissis, aut testamentum a principio nullum sit; aut postea suis modis infirmetur. Earum rerum genera duo. Quædam sunt omnium testatorum communes. Quædam certorum testatorum propriæ.

II. Communis omnium est heredis [1] institutio. Hæc in testamento totum facit, ut sive sbest, testamentum non sit: sive recte constituts erit, statim testsmentum sit perfectum. Unde in §. *ante*, *Inst. de legat.* dicuntur testamenta ex heredis institutione vim accipere; & ob id hæc ipsa caput, & fundamentum totius testamenti intelligi. Quæ definitio aperte utrunque illud superius continet. Qunrum de singulis quominus dubitetur, licet hæc ipsa observare distincte tradita a veteribus. Jam primum ita definiunt veteres, sine heredis institutione nec testamentum esse, nec in testamento quidquam scriptum valere. *L. ult. D. de jur. codicill. L.* 1. *in fi. D. de vulg. L.* 3. vers *Calpurnius*, *D. de his*, *quæ in test. del.* §. *in primis*, *Inst. de fid. her.* At quamobrsm? Jus est nimirum illi alteri consequens, quo placuit, neminem in paganis [2] pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere posse, *L. jus nostrum*, *D. de reg. jur.* Sic enim futurum est, ut its quis decedat, si nemo instituatur heres, & nihilominus testamentum valeat. Quod inde accidit, quod constant cujusque bona commodis, & incommodis: commodis earum rerum, quas ipse habet, & quibus utitur: incommodis æris alieni, quo aliis obstringitur. *L.* 1. 2. 3. *in pr. D. de bonor. possess.* Atque hæc simul utraque, nisi in heredem, non cadunt. Ut enim testator omnia sus bona legatis erogarit, semper restant incommoda, de quibus non testetur, quoniam legats sine onere sd legatsrios veniunt. *L. si hereditatem*, *D. mand.* Solos heredes lex huic rei facit obnoxios. *L.* 2. *L. ult. C. de her. act.* Unde heredes dicuntur esse universi juris successores: legatarii non item. §. *legatariis*, *Inst. de test. ord.* Qusmobrem, ut in totum quis decedat testatus; non autem partim testatus, partim intestatus, quod jus non patitur, necesse fuit hoc statui, heredem testamento institui oportere. Jsm, ut, herede non instituto, testamentum inutile est: ita hoc in contrarium vslet, ut, si qnis erit institutus, nihil desit ad justum testamentum in iis testatoribus, s quibus non exigitur certarum personsrum institutio, sut exheredatio, de quibus mox. Legata, fideicommissa, libertstum, tutorumque dstiones sdjicere potest, si quis vult; & omnis adjecta Lege duodecim Tabularnm rats sunt. *L. verbis legis*, *D. de verb. signific.* Sed, ut dixi initio, adjicere ists non est necesse. Et qusmvis vel omissa sint, vel sdjects inutiliter: nihil omissio, snt sdjectio testamento nocet: tantum ut heres sit institutus. Inde dictum in *L.* 1. §. *neque*, & §. *sequent. D. de her. inst.* eum, qui neque legaturus quid est, neque quemqnam exheredaturus, tribus [3] verbis conficere posse testamentum, ut dicat: *Lucius heres esto*: atque adeo ex conjectura voluntstis duobus verbis, ut dicat: *Lucius esto*: vel *Lucius heres*. Institutionem ad vim testsmenti cum exigimus, justam, non vitiosam exigimus, cum in toto jure quod vitiose fit, nec factum videatur. *L. quoties*, *D. qui satisd. cog.* Sed, quæ sit recta & justs institutio, dicetur postea opportunius, cum ad voluntatem defuncti, qua defertur hereditss, venerimus, quando ab hac pendet, ut hic, sut ille heres instituatur. Nunc de potestate testsmento quid deferendi, eoque & de vi testamenti quærimus. Ad quam vim sufficit hoc loco monere, desiderari sd eam rem in primis heredis institutionem. Itaque hujus generis pleniore explicatione in illum locum dilata, ad altsrum genus rerum sd testamenti vim pertinentium jam pergemus.

III. Sunt ergo, ut proposui, hujusmodi res quædam certorum teststorum propriæ. Eas dico, quæ, præter institutionem voluntariam, testatoribus quidem, ut utiliter testentur; sed certis tsntum, jure injunguntur. Qun in genere est officium, quod a testatoribus in hereditate deferenda, sut deneganda exigitur ergs certss alias personas, scilicet ut vel his relinquant aliquid; vel ut eas verbis s succes-

1) Quem licet vulgo statuant, esse formam testamenti Alex. Picenard. *in Rubr. l. h. t. pag.* 13. Dauth. *de Testam. n.* 272. verius tamen dici quod sit materia, ostendit Taraquin. *de Exec. Legat. Lib.* 3. *n.* 18. & *seqq.* Forma enim, inquit, a lege est: *L.* 3. *qui test. fac.* hæc ab homine; formæ nihil addi potest: huic autem accedunt sæpe legata, fideicommissa, libertates, &c.

2) At, opinor, illa regula potius ab hoc jure pendet. Et ratio, quare nemo pro parte testatus decedat; potius est quia testamentum sine herede esse nequit. Heres autem non est, nisi qui in universum jus succedit. Revard. *in d. L.* 7. Cum enim per heredem repræsentetur defunctus: sicut naturaliter non potest homo vivus esse pro parte; ita nec per fictionem legis, naturæ imitatricem, potest post mortem repræsentari pro parte. Gomez. 1. *Var. Resol.* 10. n. 8. Nec e converso: ideo testamentum requirit heredem, ne intestatus quis ex parte decedat. Ant. Fab. 14. *Conject.* 20. in rationem hujus rei inquirens, ait: Omnis alienatio requirit alium, in quem; alium, a quo transferatur. Ille, ut non sit; hic, ut sit dominus, exigitur. Quare, cum translatio fieri debeat in eos, quibus testamento quid relinquitur, eaque non possit fieri a testatore, nec vivo quia vult, non nisi post mortem valere, nec mortuo, quia dominium amisit, & jam nullus est: atque ita illo casu deficit voluntas, hoc potestas: necesse est induci personam, quæ defunctum repræsentet, & cum ipso idem habeatur, qui est heres. &c.

3) Non autem uno verbo sic: Lucius *d. L.* 1. §. 5. Vid. supra *Not.* 7. *C.* 21.

cessione sua removeant. Hoc genus officii tribus generibus teststorum injungitur: parentibus erga liberos; liberis erga parentes; fratribus egra fratres.

IV. De officio parentum erga liberos in hac causa hæc juris summa est. Liberi omnes, quos, moriente testatore, gradu nemo præcedit, a parentibus instituendi heredes, aut exheredandi sunt. Qui neque instituti, neque exheredati erunt, hi sunt, qui *præteriti* dicuntur. Præteritionis, & injustæ exheredationis pœna hæc, ut vel jure ipso testamentum nullum sit: vel, postulantibus præteritis liberis, aut immerito exheredatis, rescindatur. Argumentum hoc est *Tit. Inst. de exh. lib. Tit. D. de lib. & post. her. inst. vel exh. Tit. C. de lib. præt. vel exh.* item *Auth. non licet*, *Auth. ex caussa*, *C. eod.* Quod, quale sit, partibus hujus juris distincte expositis, intelligetur.

V. Animadvertendum est igitur in eo jure tria hæc ordine spectanda esse, quando & his rebus jus superius continetur. Primum quibus in hoc officio parentum lex consultum velit. Secundum, quid his velit tributum a parentibus. Tertium, omissi ejus officii, seu ejus præteritionis, aut immeritæ exheredationis, quæ sit pœna.

VI. Primum hic consulitur liberis, dum cavetur, ut a parentibus instituantur heredes; aut, si indigni putantur successione, testamento exheredentur. *L. inter*, *D. de lib. & post.* Videndum, an tribuatur hoc ex æquo omnibus liberis. Olim, constant, non [4] omnibus idem datum: sed multos fuisse ex numero liberorum, quos instituere, aut nominatim exheredare non esset necesse, ut his præteritis, nihilominus ratum esset testamentum, ut jus vetus de his tradit §. 1. & deinceps usque ad §. *sed hæc quidem*, *Inst. de exh. lib.* Hodie constitutionibus Justiniani datur omnibus, primum sine discrimine sexus, ut non minus fœminæ instituendæ, aut exheredandæ sint, quam masculi: tum sine discrimine gradus, ut, quemadmodum instituendi sunt filii, aut exheredandi; sic, sublatis filiis, nepotes, & neptes; nepotibus sublatis, pronepotes, & proneptes: tertio loco etiam sine exceptione potestatis, ut omnes pariter institui debeant, aut nominatim exheredari, sive sui sint, sive emancipati. Effectum hoc *L. maximum, C. de lib. præt. vel exh.* cujus summa comprehensa est in §. *sed hæc quidem vetustas*, *Inst. de exh. lib.* Nondum tamen hac constitutione idem tributum omnibus. Restabant enim ii liberi, qui ita in potestate parentis morientis non essent: ut nec unquam antea fuissent, qualis est filius matri, nepos avo materno, quoniam fœminæ liberos in potestate non habent. §. *fœminæ*, *Inst. de adopt.* Hos superior constitutio non attingit. De his autem sic jus erat: ut eos mater, vel avus maternus [5] necesse non haberet aut heredes instituere aut exheredare: sed silentium matris, aut avi materni pro exheredatione haberetur, §. *ult. Inst. de exh. lib.* & quidem ita: ut, si præteritis legitima portio alio modo relinqueretur, ne de inofficioso quidem testamento queri possent. §. *ult. Inst. de inoff. test. L. Papinianus*, §. *si quis mortis*, *D. eod.* Itaque & post superiorem constitutionem hoc idem jus in istis liberis manebat. Sed & hoc idem Justinianus mutavit postea *Nov. Ut cum de app. cogn.* §. *aliud quoque capitulum*, unde *Auth. non licet*, *C. de lib. præt. vel exh.* Cavit enim non licere parentibus, ne matri quidem, aut aviæ liberos suos præterire, vel exheredare. Præterire est neque instituere heredes, neque exheredare. §. *eadem*, *Inst. de her. quæ ab int. def.* Qui vetat sic omitti, ut neque instituantur, neque exheredentur: is haud dubie alterutrum, aut institui, aut exheredari, jubet. Et, ut intelligeremus, eum verbo præteritionis significare eos, qui neque instituti, neque exheredati essent, subjicit, non licere liberos præterire, quamvis, præteritis his, parens eis reliquerit debitam legibus portionem. Quo aperte significatur, non sufficere quovis modo quid relinquere liberis ad vitandam præteritionem: sed id relinqui oportere eos instituendo. Ita hæc constitutio una jam sufficit, ut efficiatur, tribui hoc liberis omnibus, ut institui, aut exheredari debeant, etiamsi in potestate testatoris nec sint, nec unquam fuerint.

VII. Nec tantum qui nati sunt, parente vivo, heredes instituendi, aut exhere-

4) Olim filii nominatim exheredandi, reliqui liberi, ut & filiæ, poterant & *inter cæteros* his scilicet verbis (ut Theoph. in §. 1. *I. h. de exher.* tradit), Cæteri *exheredes sunto.* Cujac. *in L. 18. de lib. & postum.* ubi dicit, hanc vulgarem fuisse clausulam (id est, quæ ut plurimum testamentis adjecta, & institutioni subjecta fuerit), qua non tantum liberi, sed & parentes, consanguinei, agnati, cognati affines, amici exheredati fuerint, per *L. 53. de hered. inst.* Cui non assentior, quia exheredatio res in extraneo inepta *L. 132. in fin. pr. de V. O.*

5) Etiam jure prætorio. Nam præteritis a matre denegabatur bonorum possessio contra tabulas, *L. 4. §. 2. D. de bon. poss. contra tabb.* quæ datur emancipatis a patre præteritis. Vid. Lariot. de Jur. antic. Tr. 12. Ar. 5. Vulg. in §. ult. I. de exher

heredandi sunt: sed etiam [6] postumi. §. *postumi*, *Inst. de exh. lib. L. 3. in pr. D. de injust. rupt. test.* Sic enim vocamus eos, qui post mortem parentis nascuntur. *d. L. 3. §. 1. de injust. rupt.* Neque eo minus existimentur esse liberi testatori, quia, eo vivo, nati non sunt, quasi nondum nati non videantur esse in rerum natura. Nam qui in utero sunt, in toto jure civili [7] intelliguntur in rebus humanis esse, quoties de commodis eorum agitur. *L. qui in utero*, 1. & 2. *D. de stat. hom.*

VIII. Nec tantum filii postumi instituendi, aut exheredandi: sed & postumi nepotes. *d. §. postumi*, *Inst. de exher. lib.* Quo loco ante tempora Galli Aquilii dubitatum [8] est, an hi possent institui heredes, si, quo tempore avus testamentum facit, pater eorum viveret. Dubitatio hinc nata, quod tum ita jus erat, postumos alienos heredes institui non posse; *§. postumo quoque*, *Inst. de legat. Inst. de bon. poss. in pr.* atque in hoc numero nepotes isti postumi esse videbantur. Sic enim definitur postumus alienus in *d. §. postumo quoque*: Qui natus, inter suos heredes testatori futurus non est, idest qui, si vivo testatore, nasceretur, non nasceretur ei suus heres. Porro non is tantum avo non nasceretur suus, qui non nasceretur in potestate svi, qualis est ex filio emancipato conceptus, quem extraneum postumum esse adjicitur in *d. §. postumo*: sed nec is, qui ex filio, qui in potestate erat, conceptus nasceretur vivo patre suo. Is enim suus est heres, qui ita est in potestate morientis: ut simul eum in jure sui heredis nemo præcedat. Unde, quandiu filius, qui in potestate est, vivit, nepos ex eo non est suus heres avo, sed extraneus. §. *sui*, *Inst. de her. qual.* §. *postumorum*, *Inst. de exh. lib.* Atqui in hoc numero sunt ii nepotes postumi, de quibus quærimus, si quidem tempus testamenti aviti spectatur, quo tempore eos pater gradu præcedit. Eo, ut alieni postumi, nec videbantur heredes institui posse. Et obtinuerat hæc opinio apud Romanos ante tempora Galli Aquilii, quasi nec possent: qui tamen nati rumperent testamentum avi, si pater eorum, vivo avo, decessisset. Sic enim sublato patre de medio, fiebant avo morienti sui heredes. Unde eveniebat, ut, cum avus testamentum facere vellet, & in eo vitare, ne testamentum præteritione postumi rumperetur, tamen id consequi nlla provisione non posset, cum necesse haberet præterire eum, quem neque instituere poterat, vetante jure; nec merito exheredare, qui nondum natus de avo male mereri non potuisset.

IX. Hic exstitit Gallus Aquilius, qui occurreret huic [9] malo, dum auctor est populo Romano, hos nepotes non, ut alienos postumos; sed, ut suos, recte institui, si instituerentur in hunc casum, quo pater eorum, vivo avo, decessisset. Sic enim futurum, ut sui nascerentur, quos pater gradu præcedere, vivo avo, desiisset. Quam ad rem & ipse formulam concepit, qua id quam facillime, & sine fraude superioris juris fieri posse videbatur. Formula hæc fuit, quæ proponitur initio *L. Gallus*, D. de lib. & post.

Si

6) Unde & nomen illis a *post*, & *humus*. Festus *Lib.* 14. *f. m.* 1262. confirmans notationem ex loco Plautino, *Aulular. Act.* 2. *Sc.* 1. Perott. *in Cornucop. in* 10. *Epigr. Martial. f. m.* 661. Vid Forcel. *Dial.* 8. *n.* 1. Rob. 2. *Animadv.* 2. Guld. *in L.* 164. *de V. S.* n 6. Facit *d. L.* 164. *de V. S.* Diss. Cujac. 6. *Obs* 4. & *ad L.* 3. *de injust. rupt.* & *ad L.* 4. *de lib.* & *postum.* Goclen. *Lib.* 2. *Contr. Grammat.* C. 6. Alb. Gentil. *Lect. Virgil.* C. 14.

7) Hæc ratio displicet A. Fabro 2. *Jurisp.* 4. *Princ.* 3. *Consul.* 3. Nullus enim hic favor postumi, cui exheredari inutile; cui etiam utilius ab intestato succedere, quam forte ex exigua parte institui. Et si haberetur pro nato, præteritus non rumperet testamentum, sed nullum diceret. Ratio igitur est favor patris, qui alias non secure testaretur, &c. Instituendus autem postumus etiam a matre. *L.* 6. §. 2. *de inoff.* Obiic. *L.* 4. ibi, *omnem masculum* & *L.* 6. §. *ult.* ibi, *a virilia*, &c. *h. t.* Duar. *ad h. t. de lib.* & *postum. f.* 348. *col.* 2. respondet, ideo in *dd. Ll.* mentio masculorum, quia agitur de eo institutione, quæ omissa vitiat testamentum, qualis non est matris præteritio.

8) Diss. Duar. *ad L. Gallus in pr.* & 2. *Disp.* 38. constituens tria genera postumorum. (1) *Suos*, qui quandocunque nati non possunt esse alieni. (2) *Alienos*, qui quandocunque nati non possunt esse sui: ut nascituri ex emancipato. Et de his vero loquitur §. 26 *I. de legat.* (ubi male Ho. 9. *Obs.* 10. *cir. fin.* delet verba, *ex emancipato*) (3) Qui possunt nasci sui, si pater eorum decedat, de quibus dubitari poterat, an essent sui, an alieni. Et de his loquitur *L. Gallus*, nec ullus locus, quo dicantur alieni. Hos quasi suos vocat Vult. 1. *Jurisp.* 73. *n.* 63. Vid, & Loriot. *de Jur. arte*, *Tr.* 2. *de Nativitate*, *Ax.* 8. & *seqq.* Rob. 1. *Rec. Lect.* 3 Rationem autem, cur alieni institui non potuerint colligi volunt ex §. 25. *I. de legat.* quia sunt incertæ personæ. Quæ ratio licet etiam sit in suis postumis, ratio tamen conjunctionis in illis aliud suasit. In vere alienis illud relictum, donec Justinianus abrogavit. §. 27. & *seq. I de legat.* Duaren. *d. loc.* Mar. Salomon. *in Paradox. in L. Gallus*, *fol.* 3. Sed rationem illam vulgarem scite refellit Matth. Gribald. *Lib.* 3. *de Rat. stud. p.* 266. ubi versibus de *L. Gallus* explicat. (1) quia incerti dicuntur, qui nec nomine, nec demonstratione designentur, ut: Qui primum Consul erit, &c. *Text. §. incertis*, 25. *I. de legat.* postumus autem certo signo demonstratur. (2) Incertæ personæ libertas non datur: *d. §.* 25. postumo datur. *L.* 14. *C. de fideic. libert.* Illi videtur hæc ratio: Ne institutio e dubia postumi nativitate penderet. Hinc, subdit, servus domini non nati poterat institui, *L.* 64. *de her. instit.* quia tum ratio cessat. Obs. At eadem ratio in suo. Respondet. Ibi aliud ne Lex crudelitatis incusari posit, si quos præterire impune non sinit, nec instituere permitteret. Hæc suis metris Gribald.

9) Rationem commodam, non notam vulgo, aperuit. Vid. Duar. *d.l. locis*, & Salomon. *fol.* 3. *col.* 2. *fol.* 6. Diss. Vigl. in §. *postumorum*, 2. *I. h. t. n.* 4. & *seqq.* putans, Gallum Aquilium rogando solemni more, hoc obtinuisse.

Si filius meus, vivo me, morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus morietur, natus, nata erit: heredes sunto. Hac conditione nemo negaverit, postumum nepotem suum, non alienum, institui, si quidem nascendi tempus spectetur, non testamenti faciendi. Aquilius autem ostendit, satis esse observari id tempus, quo postumus nascitur; non, ut antea servabatur, necesse esse tempus testamenti faciendi respici. Quod & faciendum esse, Scævola monet in *d. L. Gallus*, §. *nunc de lege*, illic, *quid enim necesse est.* Merito: nam quodnam aliud tempus spectaretur in hac institutione, cum instituerentur non nati, sed nasciturі, & quidem hac conditione, si *nascerentur*? Atque hæc sententia, & cautio Galli deinde obtinuit, & inde cœpti postumi hoc modo heredes institui ita, ut institutio valeret, cum prius institui posse non viderentur. Qua ratione dictum est in *d. L. Gallus, in pr.* Gallum induxisse, sic postumos nepotes institui posse. Induxit non legem ferens (quia privatus fuit, non magistratus, non Consul, non Tribunus plebis), sed ostendens populo Romano, ad eam formulam, quam præscribebat, recte institui nepotes, & sine fraude ejus juris, quo placebat, alienos postumos institui non posse; simul & hanc sententiam populo Romano probavit. Qua recepta, perfecit sua auctoritate, atque hoc modo in usum populi induxit, ut deinceps ita instituerentur, qui prius non putabantur posse; & in hoc errore non instituebantur; aut instituebantur inutiliter. Nec vero hæc cautio alind fuit, quam Galli Aquilii sententia existimantia, sic recte postumos nepotes posse institui. Sic nominat Scævola [10] in *d. L. Gallus.* §. *& bene verba.*

X. Nec minus placuit, nepotes, vivo avo, natos, quorum pater testamenti aviti tempore viveret, sive nascerentur postea, sive jam tum nati essent, heredes instituendos, aut exheredandos esse, ne præteriti, mortuo interim patre, rumperent testamentum. Idque effectum lege Vellea. Cavit enim lex, ut, si quis ex suis heredibus heres esse desiisset, vivo avo, puta filius vel morte, vel alia ratione exjeus de potestate avi: liberi ejus in locum sui heredis sui heredes succederent, & eo modo jura suorum heredum, quasi agnascendo, nanciscerentur. *d. L. Gallus*, §. *& bene*, §. *vivendum, de lib. & post.* §. *postumorum, Inst. de exh. lib. L. postumorum, D. de injust. rupt. testament.* Jure suorum heredum his dato, non potuit, quin hoc esset consequens, ut, si præteriti essent, rumperent testamentum. *L. inter, D. de liber. & post.* Et quoniam eadem dubitatio hic incurrebat, quæ supra, an hi possent institui, quod viderentur quasi postumi alieni, quippe quos pater tempore testamenti aviti præcedebat: eadem lex hac quoque parte dubitationem sustulit; voluitque institui posse, & debere ad similitudinem vere postumorum nepotum. Quo constituto, simul hac parte effecit, ne hi agnascendo rumperent testamentum, dum scilicet intelligitur hac lege recte esse institutos, aut exheredatos: quod cum fit, liberi non rumpunt testamentum. Inde dictum, hoc quoque provisum lege Vellea in *d. §. postumorum, in fi. D. de injust. rupt. test.* Idque ipsum est, quod Scævola dixit, voluisse legem, vivis nobis, natos similiter non rumpere testamentum. *d. L. Gallus*, §. *nunc de lege.* Voluit, dum rumpendi caussam abstulit. Idque fecit tunc, cum institui, aut exheredari permisit.

XI. Hoc jus utrunque, cum prius esset necessarium, interpretatus est Scævola accurata illa interpretatione, quæ exstat in *d. L. Gallus.* Hodie sciamus, omnem hanc quæstionem de nepotibus postumis, aut postumorum similibus ad præscriptum formulæ Galli, aut legis Velleæ instituendis sublatam esse; eoque, etsi jucundus esse potest labor, qui in cognoscenda subtili, & accurata, nec minus obscura disputatione *L. Gallus* ponetur: tamen ad potestatem instituendorum nepotum postumorum non esse necessarium. Omnis enim cautio, & tractatio Galli formulæ, & legis Velleæ ex eo est, quod postumos alienos instituere non licebat. Atque huc spectat, ne alieni instituantur: inutilis futura, si etiam alienos liceat instituere. Atqui id postea effectum est, ut liceret, & nunc institui etiam jure civili possunt. De quo est ita apud Justinianum in [11] §. *postumus*, Inst. de legat. *Po-*

10) De cujus sententia pluribus Cujac. Duar. Corass. Hotom. Govean. *ad eam L.* Forcat. *Dial.* 2. & 51. Forst. 2. *de Success.* 28. Vigl. *in d.* §. 2. *L. h. t.* & multi alii latissime allegati ab A. Fab. *Conject. Lib.* 9. & 10.

11) Duar. *in d. L. Gallus, in pr.* Cujac. in *Not. d.* §. 28. & *ad tit.* 22. *Ulp.* §. 19. Vigl. in §. *Servus etiam*, *I. de hered. inst.* n. 6. Forst *d. C.* 28. n. 23. A. Fab. 9. *Conject.* 2. Robert. 1. *Rec. Lect.* 3. quia institutio non est juris prætorii. Respondeo. Non est quidem a-tus juris prætorii: potest tamen, si jure civili non valeat, eo sustineri data bonorum possessione secundum tabulas. Alter Al ista. 9. *Parerg.* 1. in *d.* §. 28. negatione inserta, legens, non ulv-

Postumus autem alienus heres institui & ante poterat, & nunc potest. Nunc posse, ait, quia, ut posset, constituit ea constitutione, cujus meminit in §. *postumo* (præcedenti) *eod. tit.* Quæ constitutio etsi hodie non extat in Codice; satis est tamen, eam confirmari in Institutionibus. Eumdem postumum alienum eit potuisse ante institui, cui tamen negaverat prius, quidquam utiliter testamento relinqui. *d.* §. *postumo.* Sed hæc ipse ita conciliat *Inst. de bon. poss. in pr.* Non poterat institui jure civili, quo jure non valebat institutio: at poterat jure prætorio, quia Prætor instituto dabat bonorum possessionem secundum tabulas.

XII. Nunc, omissa quæstione, an isti institui possint (quod fieri posse, constat, sive sint sui, sive alieni), hoc ad institutam quæstionem de liberis omnibus instituendis, aut exheredandis ex superioribus reliquitur, nullum esse ex liberis, qui superiore sententia non contineatur; & in summa recte ita definiri: liberos omnes, quos, moriente testatore, nemo gradu præcedat, testamento parentis instituendos, aut exheredandos esse, & omnes sine exceptione, nihil ut intersit, sintne sexu masculi, an fœminæ; gradu filii, an nepotes, aut pronepotes; potestate sui heredes, an emancipati, atque adeo, qui in potestate nunquam fuerint aut esse possint; consistentia nati, an postumi; & in postumis nihil, utrum sint filii postumi, an postumi nepotes, & ii, qui postumorum loco habentur.

XIII. Sed meminerimus, hoc omne dici de his, quos in suo ordine nemo gradu præcedit, quo tempore parens moritur, sive hi soli sint; sive ii, quos alii gradu sequuntur. Quod si testatori diversorum graduum liberi erunt: sufficit prioris gradus liberos heredes instituere, aut exheredare: posterioris non est necesse. Ut, si quis moriens filium relinquat, & ex eo nepotem: dum filium instituat, aut exheredet, impune nepotem præterit usque adeo: ut, quamvis filium exheredaverit, & exheredatus, mortuo patre ante aditam hereditatem, decesserit, tamen nepos præteritus non rumpat testamentum, tametsi, filio tum decedente, incipiat solus esse nepos, ac tum videatur obstare debuisse heredi instituto. *L. si quis postumos*, §. 1. *D. de lib. & post. L. si quis filio, in pr. D. de injust. rupt.* Sane hoc casu posteriore transmittitur ad nepotes querela inofficiosi testamenti exheredato competens, etsi non præpsrata, ex constitutione Justiniani, ut ipsi ex persona defuncti paris hac querela utantur. *L. si quis filium*, *C. de inoff. test.* Fortasse & ipsi ex sua persona utentur. *L. pater*, *L. pen. D. eod.* ut nihil obstet *L. si quis filium*, *C. eod.* De quo amplius dicetur inter actiones in actione de inofficioso testamento.

CAP.

alienus. Quod nove probat, post Vult. *in d.* § 28. n. 2. Andr. Gerhard. *Exerc. Justin. Decad.* 8. *Q.* 2. quia verba sequentia, *nisi in utero, &c.* de postumo alieno accipi nequeunt. Immo, inquam ego, necesse est ea accipi de alieno, nec omnino possunt de suo. Nam ex Alciati interpretatione, & correctione esset regula *d.* §. 28. *Postumus suus institui potuit*: Exceptio: *Nisi sit in utero ejus, quæ uxor esse non potest.* Atqui sic exceptio nihil minus erit, quam conveniens regulæ. Quomodo enim unquam suus postumus potest nasci ex ea, cum qua non est jus connubii. §. 12. *I. de nupt. L.* 24. *de stat. hom.* Justas. At sic institui non poterit qui in utero est sororis; poterit qui in alterius non cognatæ, & sic minus tribueretur cognato, quam extraneo. Respondeo. Recte Cujac. *in L.* 9. §. 1. *de lib. & postum.* verba, *quæ uxor esse non potest*, exponit, *cum qua nemo connubium habet*, ut Virgo Vestalis, deportata, serva. Quod ego confirmo ex verbis adjectis, *jure nostro.* Sororem ducere me vetat non *jus nostrum* civile, sed jus naturæ.

CAP. XII.

De institutione, & exheredatione liberorum: qualem utramque esse oporteat, ut ratæ sint, nec testamentum in pœnam præteritionis, aut injustæ exheredationis incidat.

Liberos proximi gradus præterire in testamento non licet, sed instituere, vel exheredare oportet. I.
Liberorum instituendorum leges. II.
Non quovis titulo debitam liberis portionem relinqui sufficit: sed eos heredis nomine honorari oportet. III.
Interpretationem Nov. 18. Cap. 1. IV.
Sui heredes pure instituendi, vel sub ea conditione, quæ sit in eorum potestate. Alia conditione, etiam impossibili, adjecta testamentum vitiatur, nisi sub contraria conditione exheredentur. V. VI. VII.
Exponitur L. quoniam, 32. C. de inoff. Test. VI.
Filii qui non sunt in potestate: filia, & nepotes quamvis in potestate sint, sub quavis conditione possint institui. VIII.
Liberis minimum portio legitima relinqui debet a parentibus. Hæc portio quanta sit, quibus nominibus appelletur, & quare. IX.
Quid si minus legitima portione illis relictum fuerit. X.
Rectæ exheredationis leges duæ. XI.
Rite, quomodo fiat exheredatio. XII. seqq.
Exheredare nominatim *quid sit.* XIII.
In gradus heredum, a quo liberi exheredati non sunt, non valet. XVI.
Liberi, nisi justis ex causis, exheredari non possunt. Jus ea de re vetus, ac novum refertur. XVII.
Valet tamen sine justa causa exheredatio bona mente facta, idest ut liberis consulatur. XVIII.

I. Consulitur ergo hoc jure liberis; & iis omnibus, qui primo gradu erunt. Quod his tribuitur, id est quod secundo loco hic spectandum esse diximus: ut instituantur, aut exheredantur. *d. L. inter, D. de lib. & post L. maximum, C. de lib. præt. §. sed hæc quidem Inst. de exh. lib.* Nec aliam significationem habet, quod ad omnes liberos pertinens cavetur Novellæ constitutione, non licere parentibus liberos præterire. *Auth. non licet, C. de lib. præt. Nov. Ut cum de app. cogn. §. aliud quoque.* Nam si præterire liberos est, neque heredes instituere, neque exheredare: *§. eadem, Inst. de her. quæ ab int. def.* qui hoc fieri vetat, nempe (ut ante diximus) institui, aut exheredari jubet. Quorum altero solo fit, ne dici possint simul nec instituti, nec exheredati, idest præteriti. Utrum horum eliget parens, utrunque certo modo, & certa ratione illi injungitur. Quæ in eo leges sint, separatim videndum in singulis.

II. Et institutionis hæc lex est. Si testator liberos suos exheredes esse non vult, tria hæc præstare debet. Primum non quovis genere eos honorare satis est, sed debet heredes instituere: secundo loco instituere certo modo: tertio ad eam quantitatem, ut ne minus habeant, quam legitimam portionem.

III. Primum hoc tenendum: sic exigi a parentibus liberorum institutionem, ut non sufficiat debitam his portionem relinquere quovis genere relicti, puta donationis, aut legati, aut fideicommissi, aut alio quovis: sed necesse sit his honorem hunc habere, ut heredes instituantur. Pertinuit hoc prius ad solos liberos, qui aut in potestate essent defuncti, aut essent ab eo emancipati ex *d. L. maximum, C. de lib. præt.* Ad eos, qui nec essent in potestate ejus, nec esse possent ut sunt [1] filii matri, nepotes aviæ, vel avo materno, non pertinebat; qui præteriti pro exheredatis habebantur, solaque his relinquebatur querela inofficiosi testamenti. *§. ult. Instit. de exh. lib.* At hanc quarta liberis relicta excludebat, sive hanc haberent jure hereditatis, idest institutionis, sive jure legati, vel fideicommissi, vel quo alio modo. *§. ult. Inst. de inoff. test. L. Papinianus, §. si quis mortis, D. de inoff. test.* Hodie Novella id amendavit, *d. Novel. Ut cum de*

app.

1) Hinc mater dicitur filium silentio exheredare. *L. si patronus, 12. de bon. libert.* Et ratio est, quia suum heredem non habet, reddita in *L. 4. §. 2. de bonor. poss. contra tab.* Suorum autem exheredatio propria videtur, nec nisi abusione ad alios trahi. *L. 132. de V. O.* Vid. Hot. & Vult. in §. ult *I. h. & C. proxed. Not. 4.*

app. cogn. §. *aliod quoque*, & necessitatem liberorum instituendorum imposuit omnibus parentibus. Vult enim, non licere ullis parentibos liberos exheredare, vel præterire suo testamento, nec si per donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel aliom quemcunque modum eis dederint [2] legibus debitam portionem. Ubi aperte hoc exprimitur, non licere parentibus liberos nec instituere, nec exheredare, quamvis alio quo titulo quid eis donatum, aut relictum sit, quo oe parentum testamenta turbarent. Necesse est enim in his, qui exheredati non sunt, præteritos intelligi aut qui instituti non sunt, aut quibos sine institutione oihil aliter datum, relictumve est. Lex posteriores non intelligit; cum neget sufficere, si qoid liberis alio quo titulo, quam institotionis, donatum relictumve sit. Relinquitur igitur, priores a lege intelligi, idest eos, quos non exheredatos velit lex heredes institui. Licet huc idem colligere hoc modo. Cùm vetantur parentes præterire liberos: hoc jubeotur facere, ne liberi prætereantur. Aut igitur, non exheredatis liberis, parentes id consequeotur vel ipsos liberos heredes instituendo: vel sine institutione quid his relinquendo. Posterius lex non admittit. Quo efficitur, legem alterum exigere, ut parentes his relinquant eos heredes instituendo: alioqui, nisi exheredati siot, præteritos videri, & ad prohibitionem constitutionis pertinere. Hunc honorem a parentibus liberis haberi, leges voluerunt, ne his, tanquam extraneis, relinqueretur; quod statuerent, parentum hereditatem & naturæ tacita quadam lege, & communi parentum voto deberi. *L. ult. in princ. D. de bon. damn. L. scripto*, §. *ult. D. si tab. test. null. ext.*

IV. Non mutat hanc sententiam *Novell. de triente, & semiss.* §. 1. Illic ita cautum est; legitimam portionem, quæ illic constituitur, liberis relinqui debere: quod hio liberis obtigerit, id inter eos ex æqno dividi oportere, sive quis illud relinquat institutionis jure, sive legati, aut fideicommissi. Primum nihil hic superiori sententiæ adversatur. Non enim fit potestas quartam relinquendi institutionis, aut legati, aut fideicommissi jure: sed, si relicta erit, vult coostitutio, quod inde obtigerit, ex æqoo dividi inter liberos. Aperte hoc ita accipiendum est, si recte relicta sit, & si quid iode liberis jure obtigerit; quoniam, quod vitiose, nec jure fit, pro infecto habendum est. *L. quoties, D. qui sat. cog. L. non dubium, C. de legib.* Ita prior quæstio est, an & quomodo quarta relinquatur. Dicemus autem ex constitutioue superiore, sic recte relinqui ad querelam excludendam, si filius vel minima ex parte sit institutus. Tum & quod jure hereditario capitur, & cætera relicta in quartam recte imputari, & ex æquo dividi inter fratres. Sed demus, in *d. Nov. de trient. & semiss.* §. 1. nominatim permitti parentibus legitimam portionem relinquere liberis quovis titulo relicti. Tamen, etiam hoc concesso, prior sententia manere deberet. Est enim constituta posteriore lege Justiniani. Posteriores constitutiones derogant prioribus. *L. ult. D. de const. Princip.*

V. Jam, ut in genere relinquendi liberos institui oportet, sic & institui certo modo. Filius, qui est in potestate patris, qui idem dicitur *suus heres*, aut pure institui debet, aut sub ea conditione, quæ sit in [3] ejus potestate. *L. 4. in princ. D. de her. inst.* Si sub ea conditione instituitur, quæ in potestate ejus non fuit: quasi non instituto eo, testamentum inutile est, *L. ult. in princ. D. de cond. inst.* usque adeo ut, cum alioqui impossibiles conditiones institutioni, aut legatis adjectæ pro non adjectis habeantur: §. *impossibilis, Inst. de her. instit.* hic contra eveniat, ut, si filius, qui in potestate est, iostitutus sic sub conditione impossibili, veluti, *si uno die Roma Alexandriam ierit*; aut sub aliqua turpi (quæ & ipsa jure impossibilis habetur), statim infirmetur testamentum. *L. filius, D. de cond. inst.* Hoc ideo aliter, atqoe io cæteris caussis conditionem impossibilem adjectam habentibus, quod prohibetur legibus filius institoi sob conditione, quæ in ejos potestate non sit. Constat autem, conditionem impossibilem in potestate ejus non esse, ut proinde & hoc constet, ea conditione hic adjecta, contra legem fieri. Nihil porro ratum, quoad fiat contra legem, *L. non dubium, C. de legib.*

VI. At enim in *L. quoniam in prioribus, C. de inoff. test.* cavetur, ut in iis libe-

2) An legitima titulo institutionis relinquenda, h an sit pars hereditatis, notabo infra *Lib.* 19. *C.* 4. Obitare creditur d. *L.* 4. *L. filius*, 28. *pr. h. t. de lib. & postum.* Vid. Loriot. *de Juris arte Tr.* 22. *de Exheredat. Axiom.* 17. & *seqq.* A. Fab. 3. *Conject.* 15.

3) Quid autem, si filius secundo gradu institutus, seu substitutus? fit hic pro præterito, quia substitutio est institutio habens conditionem non potestativam. Non enim in potestate substituti est, ut conditio impleatur, sed ex voluntate instituti pendet Cors. in *Rubr. C. de impub. subst. n.* 16. Phil. Massin. *ibid. n.* 59. & *seqq.*

liberis, quibus minus legitima portione relictum est, & qui antiquo jure de inofficioso testamento actionem movere poterant, si qua conditio institutioni eorum, aut relicto adjecta sit: hæc, & omnis alia mora, omneque aliud gravamen injectum subducatur, ne per caussam minoris quantitatis relictæ testamentum rescindatur. Sed hoc aperte ad eos filios non pertinet, qui, cum in potestate essent, instituti sunt sub ea conditione, quæ non fuit in eorum potestate. Nam antiquo jure inutilis hæc fuit institutio, & testamentum nullum, ut diximus. Quo posito, nec liberi ita instituti habebant querelam inofficiosi testamenti, cum alio jure, puta ab intestato, venirent ad hereditatem. Quod cum fit, querelæ locus non est. §. *tum autem*, *Instit. de inoff. test.* Neque dici potest testamentum hic rescindi, quod nullum est. *L.* 5. vers. *puto*, *D. de injust. rupt.* Et ut quis diceret rescindi: non tamen occasione minoris quantitatis rescinditur, ut loquitur constitutio: sed quia conditio contra, quam jus concedit, adjecta est, ut, quamvis plus legitima portione relictum esset, idem tamen juris foret.

VII. Sic tamen filius qui in potestate est, sub alia quavis conditione instituitur inutiliter, nisi sub contraria conditione exheredetur *L. jam dubitari*, *D. de her. inst. L.* 4. *C. de inst. & subst.* Tum enim vere dici potest, filium in omnem eventum institutum, aut exheredatum esse: quorum alterum ad vim testamenti sufficit. At sub conditione, quæ in potestate filii sit, ita ipse recte instituitur, quamvis suus heres, ut conditioni parere debeat; si non paret, removeatur, *d. L.* 4. *in pr. D. de her. inst.* dum tamen in potestate filii esse intelligamus non eam, quam quovis tempore, & quovis modo implere potest: sed quam statim a principio potest implere, si vult, & potest commode, ac sine periculo. Ad quam sententiam indicandam referri oportet exempla *L.* 4. §. *puto*, *usque ad finem. L.* 5. *L.* 6. *in pr. D. de her. inst. L.* 4. *C. de instit. & substit.* Quæ conditio in diversa caussa est, iisdem locis declaratur, eam ad superiorem definitionem pertinere.

VIII. Sed meminerimus, hæc dicta esse de filio, & eo, qui sit in potestate patris. *d. L.* 4. *C. de instit. & substit. d. L.* 4. *in princ. de hered. instit.* Cæterum [4] & filia, quamvis sua heres, sub quavis conditione institui potest: *L. si quis heredem*, *C. de instit. & substit.* & filii, qui non [5] sunt in potestate, eodem modo. *d. L.* 4. *in pr.* Sed & possunt nepotes, ac pronepotes, etiam qui sint in potestate, *etsi* inquit Ulpianus, *redigantur ad filii conditionem.* d. L. 6. §. 1. *D. de her. instit.* Quod sic interpretandum est ex præcedentibus, & contextu *L.* 4. etsi aliis in rebus redigantur ad filii conditionem. Nam in conditione institutioni adjecta aperte separantur. Sic autem dicimus, jure vetere & filium suum heredem sub conditione, quæ in potestate ejus sit, institui posse; & nepotes suos heredes, & itemque filios emancipatos posse sub omni conditione: ut intelligatur, hoc jure non solum constitisse institutionem: sed & conditionem filio fuisse expectandam: non, ut alias solet in impossibilibus, conditionem detractam, ut, ea detracta, haberetur institutio pro pura. Quod tamen ex *L. quoniam in prioribus*, *C. de inoffic. test.* ita temperandum erit: ut, cum illic ex legitima portione jubeatur subduci omne onus, & omne impedimentum, intelligamus, ad eam usque quantitatem conditionem non nocere, quo minus ea portio statim obtineatur. De reliquo exigendum a liberis, ut conditioni pareant, aut ejus eventus expectetur, priusquam id consequantur.

IX. Etiam quantitas institutionis spectanda est. Parens liberis relinquere potest quantum libet, etiam ultra portionem legitimam. Sed &, legitima portione relicta, secure testatur. *L. Papinianus*, §. *si quis mortis*, *D. de inoff. test.* Minus relinquere non licet. *L. parentibus*, *C. de inoff. test.* Ea portio est pars certa ejus portionis, quam quis in bonis paternis habiturus esset ab intestato, *L. parentibus*, *C. de inoff. test. L. Papinianus*, §. *si quis mortis*, *D. eod.* olim quarta ejus portionis, *ibidem*, nunc triens, si quatuor sint

4) Dissentire videtur Duar. *ad Tit. de condit. instit. C.* 4. *f.* 414. putans, in specie *L.* 7. *C. de instit.* præsupponendum, quod vel emancipata fuerit filia vel sub contraria conditione exheredata. De eo enim ibi non est principalis quæstio, an filia sub conditione non potestativa institui possit, sed quomodo conditio impleatur.

5) *L.* 1. §. 8. in verbis, *vel nepos sub omni*, *de suis*, *& legit.* Ratio diversitatis non alia, quam quia jura magis favent filiis, ait Duar. *d. C.* 4. *f.* 414. Sed Cujac. *ad L.* 1. *& 2. h. t.* differentiam ex eo promanasse, quod olim filia, & liberi, præter filios, potuerunt *inter cæteros* exheredari: filius non potuit. Ergo, deficiente conditione, videbatur filius præteritus, non autem filia, vel nepos, quia tum censebantur hi exheredati ex vulgari clausula, de qua vid. *not. C. praeced. Not.* 4. Quare, cum illud discrimen inter *nominatim*, ac *inter cæteros* exheredari, sustulerit Justinianus: etiam hoc, tamquam ex illo manens sublatum; neque hujus debuit relinqui vestigium. Ita Cujac. Sed diversitatem hanc jure novo non esse sublatam, probat Vasq. 3. *Ill. Contr.* 106. n. 5.

sint tantum liberi, aut pauciores; si plures, semis, ex constitutione Justiniani *Novell. de trient. & semiss.* §. 1. *Auth. novissima*, *C. de inoff. test.* Dicitur hæc portio *portio legitima*. L. omnimodo, *L. quæ nuper*, *L. quoniam in prioribus*, *C. de inoff. test. Nov. de trient. & semiss. in pr.* Eadem dicta *debita portio*. L. Papinianus, §. *unde*, *D. de inoff. test.* Dicta etiam *pars debita portionis* ead. *L. Papinianus*, §. quoniam. *Legitima* ideo, quia legibus constituta est liberis, ut minus bis relinquere non liceat. *d. L. parentibus*, *C. de inoff. test.* Dicta *debita portio*, quia legibus constituta debetur his ipsis legibus. Dicta *pars debitæ portionis*, ut intelligatur hic *debita portio* hereditas paterna tanta, quantam filius, intestato patre, obtineret. Recte hæc *debita portio*, quia ut supra quoque diximus, parentum hereditas liberis natura ipsa deberi putatur. *d. L. ult. D. bon. damn. L. scripto*, §. *ultim. D. si tab. test. null. ext.* Ita & legitima portio, de qua nunc loquimur, & hereditas ipsa, quæ ab intestato cuique liberorum obtingeret, ambæ dicuntur *portiones debitæ*: sed illa, quia debetur ex testamento, idque etiam legibus; hæc autem, quia ab intestato, idque natura.

X. Redeo ad legitimam portionem superiorem. Hanc, ut proposui, ut minimum liberis relinqui oportet. Si relicta olim non esset: liberi queri poterant de inofficioso testamento, & ita testamentum rescindebatur. *D. L. Papinianus*, §. *si quis mortis*, *D. de inoff. test.* §. *ult. Inst. eod. L. quoniam in prioribus*, *C. eod.* Hodie aliter ex constitutione Justiniani, *L. omnimodo*, *C. de inoff. test.* qua lege prospectum est & testamentu, & liberis. Placet enim, si quid relictum sit (ante iostitutionem exegimus), minus tamen relictum legitima: nihilominus institutionem, & testamentum valere, nec posse rescindi querela inofficiosi testamenti: sed filium agere posse, ut, quod deest legitimæ, addatur ad eam implendam. In qua computatione sic res transigi debet: ut, quæcunque relicta sunt filio quovis jure; quæ item donata caussa mortis, ea in legitimam imputentur. *L. Papinianus*, §. *si quis mortis*, *de inoff. test.* §. *ult. Inst. eod. Nov. de trient. & semiss.* §. 1. Quibus in unum collatis, si quid adhuc quartæ deest: id ipsum est, quod peti volumus. Actio in eam rem condictio ex lege superiore Justiniani. *L. unica*, *D. de condict. ex leg.*

XI. Si parens liberos a successione sua remotos velit: licet eos non instituere, atque adeo nihil iis relinquere testamento: sed hac conditione, dum testamento ipso [6] exheredet. Alterutrum enim ab eo exigitur. *d. L. inter*, *de lib. & post.* §. *sed quia*, *Inst. de exher. lib. L. maximum*, *C. de lib. præt.* Exheredationem cum lex exigit, hoc exigit, ut hanc testator testamento verbis complectatur, idest ut jubeat, filios exheredes. Quod tamen, utrum his verbis faciat, *ille exheres esto*, an vero aliis idem significantibus, nihil interest. *L.* 3. *C. de liber. præter.* Sed, ut non omnis institutio rata est, sic nec omnis exheredatio. Recte exheredationis leges duæ hæ sunt: ut liberi rite exheredentur; tum ut justis, & meritis de caussis.

XII. Primum liberi [7] rite exheredandi sunt. Qui secus exheredantur, pro exheredatis non sunt. Quam ob caussam bis datur bonorum possessio contra tabulas. *L. non putavit*, §. *non quævis*, *D. de bon. poss. contr. tab.* Hæc vero nisi præteritis liberis non datur. §. *cum autem*, *Inst. de bon. poss.* Ut liberi rite exheredentur, in eo hæ sunt conditiones quatuor: ut exheredentur nominatim, ut pure, ut non ex re certa, ut ab omnibus gradibus.

XIII. Prima ergo, ut nominatim, non [8] inter cæteros. §. *nominatim*, *Inst. de exh. lib. L. maximum*, *C.* de liber præter. *Nominatim* non est tantum nomine filii appellato: sed filio quavis demonstratione ita designato, ut intelligi possit, quis designetur. Quod quale sit, declaratur exemplis in *L.* 1. 2. 3. *in pr. D. de lib. & post* & *d.* §. *nominatim*, *de exh. lib.*

XIV. Secunda, ut exheredentur pure, non sub conditione. *L.* 3. §. *pure. D. de lib. & post.* Certo enim judicio liberi a successione parentum removendi sunt, quod

6) Exheredationem derivat Vvalth. 2. *Misc.* 31. non a verbo, *heredis*, sed a græca voce. Græci enim *exheresimum*, exemptum appellant. Cic. in Varrem *Quos illi exheresimos dies nominant*. Quod non puto. Affinis autem exheredationi erat olim abdicatio, hodie reprobata. Vid. Vigl. *in Rub. I. h.* *L.* Loriot. *de Juris arte Tr.* 12. de *Exheredat. Axiom.* 1. & *not.* supra *Lib.* 2. *C.* 26. *N* 7.

7) Cujac. 3. *ad Afric.* in *L.* 6. *ad Leg. Corn. de fals.* rite, & recte differre. Illo significari solemnitatem, & ordinem civilem; hoc probitatem actus, & jus naturale. Filiusfamilias, ait, sub conditione, vel non nominatim recte quidem exheredatur, sed non rite. Miles suo jure recte testatur, non rite &c. Quæ Cujac. sumpsit ex *Gl.* in *L.* 2. *D. de injurl. rupt.* Dissentit A. Massa *Lib.* 3. *de Exerc. Jurisperit.* *n.* 79. volens, *recte* æque ad solemnitatem referri. Sed *rite* de rebus sacris propria dici, *recte* de aliis.

8) Valet tamen ita exheredatio: *Cæteri omnes filii, filiæve exheredes sunto. L.* 25. *pr. h. t.* Vide Duar. *h. t. C.* 3. *f.* 342. Cujac. *ad L.* 21. *h. t.* & 26. *Obs.* 9.

Digitized by Google

quod judicium in his non est, qui dubitantes de eventu exheredant. Dubitant autem qui exheredationem ex conditionis eventu suspendunt. *L. sed sub conditione*, *D. de bon. poss. contr. tab.* Licet tamen exheredare liberos sub conditione utiliter, dum sub contraria conditione instituantur. *d. L. jam dubitari*, *D. de her. inst.* *L. 4. C. de inst. & subst.* Sic enim fieri jam dixi, ut, de quibus ita cautum est, hi in omnem eventum reperiant se institutos, aut exheredatos. Et horum alterutrum ad vim testamenti satis.

XV. Tertia, ut exheredentur simpliciter; aut, si quid adjicitur, exheredentur ex hereditate ipsa, non ex re certa, veluti ex fundo. In quo alia institutionis caussa est, alia exheredationis. Si ex fundo quis instituatur: valet institutio, detracta fundi mentione (de quo postea in observatione recta institutionis.). *L. 1. §. si ex fundo*, *D. de her. inst.* Ex fundo exheredem esse jussum, placet non recte exheredari; & differentiæ hanc rationem esse, quod institutiones, tanquam benigne facientes, recte quoque benigne accipiantur: exheredationes autem, tanquam odiosæ, & suum liberis detrahentes, non sint adjuvandæ. Hoc in *L. cum quidam*, *D. de lib. & post.*

XVI. Postrema conditio est, ut, si in testamento parentis plures sint heredum gradus institutorum, & substitutorum: liberi exheredentur [9] ab omnibus gradibus, idest, sicut a tota hereditate, sic ab omnibus heredibus. Quod tamen non eo pertinet, ut, si ab uno aliquo exheredati non sint, simul & hic, & cæteri gradus infirmentur: sed ut, si ab aliquo toto non sint exheredati, is gradus [10] non valeat, & is solus. *L. 3. §. ult. L. si postumus*, *§. quod vulgo*, *D. de lib. & post.* Unde tractatum, quando liberi videantur exheredati a toto gradu, & ab omnibus gradibus. Locus expositus in *L. 3. §. filius*, & deinceps usque ad finem, *D. de lib. & post.*

XVII. In caussis exheredationis etiam hoc jus antiquum est, liberos non nisi [11] meritis de caussis a successione parentum removeri posse. *L. ult. D. de bon. damn.* Quod certius confirmatum est *Novell. Ut cum de appellat. cognosc. §. aliud quoque.* Nec vero tantum confirmatum: sed & tria hic addita a Justiniano, quæ in jure vetere non erant. Nam primum olim certæ caussæ exheredationis non erant, utpote ex existimatione virorum bonorum pendentes: non ullo jure certo comprehensæ. Unde illa varietas judiciorum, quibus olim testamenta rescindebantur ob eam caussam, ut indicat Valerius Maximus *Lib. VII. C. 8. de testamentis rescissis.* Tum, si justæ caussæ parenti essent, sufficiebat heredi eas allegare, & opponere liberis. *L. liberi*, *C. de inoff. test.* Postremo, si expressæ testamento essent, aut aliter a patre designatæ, non exigebatur ab herede, ut probaret, veras esse: sed parentis professio fidem adversus liberos faciebat, nisi liberi docerent, se in fide, & obsequio parentis perpetuo mansisse. *d. L. liberi*, *C. de inoff. test.* Tria hæc innovavit Justinianus superiore constitutione. Primum voluit certas caussas exheredationis esse, extra quas parenti non liceret liberos exheredare. Caussæ illic & numero, & ordine [12] comprehen-

9) Hinc nascitur quæstio *L. 8. h. t.* de qua vid. Cujac. *ibid.* A. Fab. 11. *Conject.* 19. Quid autem, si exheredatio sequatur omnes gradus, an ab omnibus exheredatus? Vid. *L. 1. C. h. t.*

10) Quid refert, dices, aut prodest? Respondeo. Si instituti primo gradu repudient, filius a secundo gradu non exheredatus, substitutis præfertur. Vid. *L. 3. §. ult. L. 4. de injust. rupt.* Duar. *ad Tit. de injust. rupt.* C. 3. Vid. not. *infra Cap* 17. *N.* 7. vers. *Est autem & hæc differ.*

11) Quo facit locus Cic. *pro Roscio.* Exheredare pater filium cogitabat. Mitto qua de causa. &c. ubi vide quare dissentiant Hot. 7. *Obs.* 8.

12) Quæ sequentibus versibus comprehenduntur.

Filius exheres esto. 1. Si verbere patrem
Læserit: d. c. 3. §. 1. 2. *Aut verbis si violentus erit.* §. 2.
3. *Criminis accuset si eumve plebe parentem.* §. 3.
4. *Misceat aut turpi dira venena manu.* §. 5.
5. *Divitias dederit si damnum grande parentis.* §. 7.
6. *Nec curam haud sana mente parentis agat* §. 12.
7. *Inter colluviem si gaudeat ire malorum.* §. 4.
8. *Aut patrium vetito scandat amore torum.* §. 6.
9. *Si pro patre fidem non interponat.* §. 8. 10. *Eundem*
A truce nec vinclis liberet hoste malis § 13.
11. *Si velet auctorem testari sanguinis.* §. 9. 12. *Addit*
Si levibus Mimis, quos vel arena juvat §. 10.
13. *A sanctis veterum si degeneraverit aris.* §. 14.
14. *Filia si quæstum corpore spreta facit.* §. 11.

An autem extensio hic fieri potest ad causas similes vel graviores? Affirmativam communem, & in pratica tenendam, dicit Clar. § *testamentum* Q. 41. n. 2. fatetur tamen, disputando, multa posse contradici. Et communem esse, attestatur Gomez. 1. *Resol.* 11. n. 13. Simon de Prætis *Lib. 3. de Interpret. ult. volunt. Interpr.* 2. *Dubit.* 6. *Sol.* 2. *n.* 5. & sequuntur Schneidev. *in pr. I. h. t. n.* 15. Menoch. *de Arb. Caus.* 267. *n.* 5. Fachinæ. 5. *Contr.* 78. Contra & Imperatoris menti, ac instituto *d. Nov.* 115. *C.* 3. *pr.* ibi *nominatim*, & ibi *ut præter ipsas nulli liceat*, *&c.* convenientius. Vigl. in §. *ult. I. h. t.* n. 8. Connan. 9. *Comm.* 10. Covarr. *in C. Raynutius extr. de testam. n.* 16. P. Greg. 44. *Synt.* 3. *n.* 9. Bronch. *Ass.* 26. *&c.* Male tamen utrique exemplum ponunt in filio perduelle. Nam in eo, cum omnis successionis sit incapax per *L. ult. C. ad Leg. Jul. majest.* & Arg. *L.* 5. §. 1. *C. cod.* *&c.* locus huic quæstioni nullus. Cæterum extinguitur exheredatio, si post ingratitudinem intervenerit reconciliatio, aut injuria a patre remittatur. Vid. Simon. de Prætis *Lib. 3. de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 2. *Dubitat.* 5. *Solut.* 4. *n.* 14. *& seq.* Dion. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. Creat.* §. 30. *n.* 198. *& seq.* quia, inquit, cum exheredatio sit caput, & fundamentum testamenti non minus, ac institutio (quod ego verum non puto): non poterit nuda voluntate tolli. Purgatur & ingratitudo monachismo, ut ex causa, quæ eum præcessit, licet alias legitima, exheredari filius nequeat. *C. non licent*, *ult. C.* 19. *Q. ult. Nov.* 123. *C.* 40. Cujac 12. *Obs.* 26. *in fin.* Goth. in *Not d. C.* 40. Simon de

Digitized by Google

hensæ ad quatuordecim. §. *aliud quoque capitulum*, *&* §. *seq.* Non est satis, justam caussam esse parenti, & de ea caussa constare. Voluit Jestinianus nominatim inseri eam caussam testamento. Ead. *Novel.* §. *sive igitur.* Neque hoc satis. Cavit, ut, quamvis justa caussa testamento inserta esset, heres eam probaret, filio negaute: alioqui pro non adjecta habendam. *Eod.* §. *sive igitur.*

XVIII. Sed, quæcunque de justis caussis exheredationeis aute exegimus, sciamus, in ea exheredatione locum habere, quæ vere exheredatio est, ubi scilicet exheredatio ad notandos liberos, & bonis excludendos refertur, quod proprium est exheredationis. *L. ult. D. de bon. damn. L. non putavit*, *in pr. D. de bon. poss. contr. tab.* At *multi*, inquit Ulpianus, *non notæ caussa exheredant filios, nec ut eis obsint; sed ut eis* [13] *consulant (ut puta impuberibus), eisque fideicommissam hereditatem dant.* L. multi, *D. de lib. & post.* Quod eo spectat, ut significetur, si quid tale factum sit a patre: valere exheredationem. Et merito probandum est, valere. Quod enim leges veteres, & maxime lex Justiniani nova justis de caussis liberos exheredari jubeut: ideo jubent, ut consulatur liberis, ne quam patiantur injuriam falsis accusationibus, aut circumscriptione parentis. Sic enim verba sunt Justiniani in *Novell. Ut cum de appell. cogn.* §. *hæc autem.* Bene præcipitur regula juris, quod salubriter in rem aliquorum introductum est, non debere sinistra interpretatione adversus eorum utilitatem converti. *L. nulla*, *D. de legib. L. quod favore*, *C. eod.*

CAP.

de Prætis *d. Sol.* 4. *n.* 10. Alex. Trentacinq. *de substit. P.* 1. *C.* 7. *n.* 2. P. Greg. 44. *Synt.* 3. *n.* 14. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. Creat.* §. 10. *n.* 647. ubi tamen distinguunt, an caussa exheredationis principaliter turpitudinem filii respiciat, an offensam patris. Priori casu tolli monachismo, &c. *&* *Lib.* 1. *de Success. progressu*, §. 2. *n.* 6.

13) *L.* 12. §. 2. *L.* 47. *de bon. libert. L.* 15. *de ann. legat.* Idem est in præteritione non malo animo facta. *L.* 16. *de bonor. poss. contr. tabb.* Duar. *h. t. f.* 345. Et hæc jure novo non correcta. Simon de Prætis supra *d. Sol.* 2. *n.* 7. Ant. Cucch. *Tr. de Legitima*, *Tit. Legitima nullum gravamen admittit*, *n.* 26.

CAP. XIII.

Liberis præteritis, vel injuste exheredatis, quæ sit præteritionis, & exheredationis pœna; seu qua via, & quatenus testamentum rescindatur.

Præteritionis, aut injustæ exheredationis quænam pæna. I.

De ea re quæstiones duæ. II.

Præteritionis pœna quadruplex. III.

Suis heredibus præteritis testamentum ipso jure nullum etiamsi vivo patre decesserint, vel se abstinuerint herditate. IV.

Tamen interdum scriptis heredibus datur bonorum possessio secundum tabulas. V.

Postumis suis heredibus præteritis valet testamentum: sed eorum agnatione rumpitur. Idem observatur in quasi postumis. VI.

Tamen interdum scriptis heredibus datur bonorum possessio secundum tabulus. VII.

Liberis emancipatis præteritis, valet jure Civili testamentum: sed Prætor eis tribuit bonorum possessionem contra tabulas. Quid huic juri consequens sit. VIII.

Liberis a matre, avia, vel avo materno præteritis datur, tanquam exheredatis, querela inofficiosi Testamenti. Quo effectu. IX.

Quæ de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis dicta sunt, ad liberos proximi gradus pertinere. Quid juris si exheredatus nondum adita hereditate decesserit relictis filiis. X.

In superioribus testamenti infirmandi modis nihil mutatum novis constitutionibus Justiniani. XI. seqq.

Contraria argumenta refelluntur. XVI.

Exheredatio non rite facta pro præteritione habetur. Quid porro consequens sit: XVII.

Rite, sed injuste exheredatis unicum subsidium querela inofficiosi testamenti. XVIII.

An etiam jure novissimo. Utilitas hujus questionis. XIX.

Affirmatur. XX.

Summa Juris de præteritione, & exheredatione liberorum constituti. XXI.

Ex caussa præteritionis, vel exheredationis utrum in totum, an pro parte, & qua parte irritum sit testamentum. XXII.

Legata præstanda sunt a filio præterito, quem pater non vivere putabat. XXIII.

I. SI hæc ita servata non erunt, idest si liberi nec instituti, nec exheredati sint, quos præteritos dicimus; §. *eadem, Institut. de her. quæ ab intest. defer.* aut exheredati sint, sed immerito: pœna præteritioni, & injustæ exheredationi constituta est legibus, qua consulitur liberis adversus testamenti paterni injuriam; & simul monentur parentes, quid eos hic facere oporteat, ut secure testentur. Quod tertium in hoc officio parentum erga liberos spectandum esse diximus. Pœna ea maxime constituta *in Novell. Ut cum de appell. cogn. §. sive igitur.* paucis comprehensa in *Authent. ex caussa, C. de lib. præt. vel exh.* ad hanc sententiam: Ex caussa præteritionis, vel exheredationis irritum est testamentum: sed ad institutiones heredum dumtaxat. Cætera testamento cauta rata manere.

II. In hac pœna (quod res postulat) duo hæc spectanda sunt. Primum quando, & quomodo testamentum ex his caussis irritum fiet: secundo loco quatenus. Ait *Authentica*, ex his caussis testamentum irritum esse, neque exprimitur, quando, aut quomodo irritum fiat, ut nec in *Novella* Justiniani, unde hoc fragmentum sumitur. Quæritur, quando, & quomodo fiet irritum. Utrum ut statim & ipso jure nullum: an vero, liberis præteritis, aut exheredatis solum postulantibus, rescindatur, & qua via rescindatur. Nam jure vetere, quod fuit ante Novellam Justiniani varie ex his caussis testamenta infirmabantur. Dubitari cœpit ex constitutione Novella, an non statim, & ipso jure nullum sit testamentum. Dubitatio nata ex his verbis, quod lex in universum de omnibus parentibus ita cavit, non licere his liberos quoslibet præterire, aut exheredare immerito. Quibus effici videtur, si parentes contra fecerint, testamentum pro infecto esse, ut accidit in omnibus, quæ contra jus fiunt. *L. non du-*

dubitum, C. de legib. Nos cum plerisque eruditus Interpretibus putamus, ex his caussis ita testamentum irritum manere post dictam Novellam, ut erat eo jure, quod Novellam antecessit, ut paulo post ostendemus. Itaque quid hic servandum sit ex eo jure, prius dicemus.

III. Hoc jure alia pœna præteritioni liberorum constituta est, alia exheredationi. Præteritioni quadruplex pœna constituta, prout est qualitas, differentia liberorum. Aliter enim infirmatur testamentum, suis heredibus jam natis præteritis: aliter suis heredibus postumis: aliter præteritis emancipatis: aliter iis, qui nonquam in potestate fuerunt.

IV. Filius, aut reliqui liberi sui heredes, id est qui in potestate testatoris fuerunt, & primum gradum in jure liberorum tenuerunt, si jam nati, & superstites testamento parentis præteriti sunt: statim inutile est testamentum, *L. inter, D. de lib. & post. Instit. de exher. lib. in princ. & §. sed hæc quidem, L. maximum, C. de lib. præt.* usque adeo: ut quamvis præteriti, vivo patre, decesserint; aut, parente mortuo, se abstinuerint hereditate, nihilo tamen magis confirmetur testamentum, quod ab initio non valuit. *L. si filius. 7. D. de lib. & post. Inst. de exh. lib. in princ. L. quod initio, D. de reg. jur.* Rationem hujus juris hanc veteres habuerunt, quod filii sui heredes, etiam vivo patre, quodammodo [1] domini sunt bonorum paternorum. Unde evenire necesse est, ut, mortuo quoque patre, ea retineant, nisi ab his jure remoti sint. Quod solum, exheredatione parentibus permisse, contigit. Huc spectat *L. in suis, D. de lib. & post.*

V. Sane, præteritis, vivo testatore [2] mortuis; aut, eo mortuo, se abstinentibus, ita ipso jure nullum est testamentum: ut tamen placeat, his casibus interdum ex æquo, & bono id defendi, & dari scriptis hæredibus bonorum possessionem secundum tabulas. Sed interdum, inquam, nimirum hac conditione, si ii sint scripti heredes, qui ab intestato quoque rem potuerunt auferre (sic enim nulla fit injuria aliis heredibus. Quæ exceptio est in *L. postumus, in princ.* illic, *idem & circa. L. filio, D. de injust. rupt.*): aut si, extraneis [3] scriptis heredibus, testator recenti voluntate testamen-

1) Et propterea institutus heres esse nequit, quia nec dominus. Essent enim duo domini in solidum Bart. *in L.* 11. *h. t.* refereutibus Alex. Pacenorio *in Rubr. t. h. t. pag.* 52. M. Anton. Caccho. *in Tr. de Legitima, §. Quanta autem, vel quota*, n. 2. Vid. & Goveao. *ad L.* 47. §. 2. *de Vulg. & pupill. subst.* n. 1. Dauth. *de Testam.* n. 277 Voet. *in pr. l. h. t.* n. 15. Exheredatio enim est juris, quod habetur, abscissio. *L.* 9. §. 2. *h. t.* Quare soli sui vere, & proprie exheredantur, atque exheredatio dicitur inepta in extraneo *L.* 132. *in fin. pr. de V. O.* quia videlicet privatio præsupponit habitum. Cujus rei effectus hic est, ut exheredatio extraneo facta, nec adoptione ejusdem postea sequuta (qua is sons effectus) confirmetur. *L.* 8. §. 8. *D. de bonor. poss. contr. tabb.* Loriot. *de Jur. arte Tr.* 19. *de Exher.* n. 4. Et alia ratio, quia videntur præteriti potius oblivione omissi, quam certo consilio exclusi. Quæ præsumptio sumitur e communi parentum voto, & affectu paterno, qui a nullo vincitur. Duar. *h. t. C.* 2. Picnard. *d. loc. p.* 52. Quanquam recte Loriot. *d. Tr.* 12. *Ax.* 3. aliam præteritionem fieri oblivione, aliam silentio, & taciturnitate, quando eodem testamento facta est mentio præteriti, ipsi forte legatum, sive tutor datus. At Picenard. *d. loc. p.* 71. *col.* 9. cui testamento aliquid relictum, legati, aliove jure, non dici præteritum proprie, quia præterire est nullam mentionem facere: sed secundum quid, respectu formæ non servatæ.

2) Tametsi *Gl. in fin. L.* 17 *de injust. rupt.* non vitiari testamentum, si præteritus nullum dicere velit, quia & quæ ipso jure infirmantur, hominis factum requirunt; ut compensatio jure tollit obligationem, objicienda tamen. Et hic igitur exigetur allegatio filii conquerentis Sed reprehenditur Accursius a Picenardo supra *d. loc. p.* 71. *& seqq.* quia ubi solemnitatis formalis omissio omnimodo vitiat; & a Loriotto *de Jur. arte, Tr.* 12. *Axiom.* 46. *& seqq.* quia etsi vivo patre præteritus decedat (ubi certum est allegari non posse præteritionem), æque nullum est testamentum. *pr. L. L.* 7. *D. h. t.* Quomodo & argumentatur A. Fab. 9. *Conject.* 14.

3) A. Fab. 1. *Conject.* 19. generaliter hoc admittit, etsi extranei instituti, quia, inquit, id tantum intuetur ICtus in *d. L.* 17. quod injuriam remittit is, cui facta est, filius nempe præteritus. Et ideo fratrum meminit *d. L.* 17. quia de iis ex facto acciderat. Est enim ea lex ex Lib 5. *Respons.* Papiniani. At *L.* 12. *in fin. pr. h. t.* respondet Faber, majorem favorem esse testamenti a filio adprobati, ut in *L.* 17. quam nec adprobati, nec improbati, ut in *d. L.* 12 & ideo illic opus fuisse rescripta, &c. Sed retractat priorem sententiam idem 9. *Conject.* 14. Si enim, scribit, extraneus institutus, non est locus quæstioni *d. L.* 17. an legata debeantur. Legata namque in *d. L.* 17 debentur ab intestato. Extranei autem non possunt esse ab intestato heredes. Et tempore etiam Papiniani in agnatis proximis (fratre autem remotioribus) quæstioni *d. L.* 17. locus, quia tum nec in suis, nec in agnatis ulla successio. Hodie autem, quia successio est, id est quia remotiores, abstinente, vel repudiante proximo, ad successionem vocantur: & quæstioni, & sententiæ Papiniani *d. L.* 17. locus est in agnatis, non tamen in extraneis. An autem ideo testamentum jure civili ex caussa præteritionis nullum æquitate prætoria sustinetur? Ita sane volunt DD. vulgo, referente Vasq. *Lib* 1. *de Success. Creat.* §. 4. n. 30. (qui & hac de re tractat. 3. *Ill. Contr.* 99. *&* 100.) Cum quibus videtur sentire noster Donell. *hic.* Sed in duobus casibus Loriot *d. Tr.* 12 *de Exher. Axiom.* 50 præteritionem facere testamentum nullum & jure Civili, & Prætorio; sed diversimode. Illo pure, quia necessarius est heres, & ideo non posse conquiescere: hoc vero sub conditione, si præteritus velit, *L.* 17 *h. tit* (qua eveniente ab initio, & retro etiam eo jure nullum sit) quia jure prætorio filius voluntarius heres. Quod non ita est. Abstinendi beneficium, quod indulget Prætor, non facit, ut heres esse desinat filius, qui reus est. Vid. *not. infra li.* 7. *C.* 2. *N.* 21. Et testamenti validitas non potest esse in pendenti, per *L. ult. in fin. C. com. præd.* Tiraq. *de jure primig.* Q. 55. n. 43. Acutissimus Faber. 9. *Conject.* 14. testamentum injustum, etsi filius patris judicio adprobet, non convalescere, neque æquitate civili (1) per regulam *L. pen. de Reg. Jur.* (2) Ne testamenti validitas pendeat ex arbitrio filii præteriti. (3) Quia, cum abstentio sit juris prætorii: quomodo æquitate civili convalescet, propter abstentionem, quam jus Civile non novit? (4) Non hic pugnat rigor cum æquitate. Si enim aliquo casu ex æquitate vires reciperet, certe eo, quo præteritus vivo patre decessit; ubi apparentior æquitas. At hoc non fit. *pr. Inst. L.* 7. *D. h. t* Neque ex æquitate prætoria. (1) Quia non tantum præterito, sed & ejus fratri emancipato in-

Digitized by Google

mentum confirmarit (quæ altera conditio est, quæ argumentum habet in *L. penult.* §. *ult. D. de bon. poss. sec. tab.*) de quibus conditionibus plura infra *Cap. XVI.* in extremo.

VI. Si liberi sui heredes nondum nati præteriti sunt: valet ab initio testamentum. Et, si postea non nascantur, ut quia mulier abortum fecerit: nihil est impedimento scriptis heredibus, quamvis spes fuerit eos nascituros. Quod si nascentur: agnatione eorum rumpitur testamentum ipso jure, ut inutile fiat non secus, quam si ab initio jam nati præteriti fuissent. §. *postumi*, *Inst. de exh. lib. L.* 1. *C. de post. her. inst.* Idemque est in nepotibus jam natis præteritis, qui, eum tempore testamenti avi heredes sui non essent, postea, filio mortuo, quasi agnatione, sui heredes avo esse cœperunt. §. *postumorum*, *Inst. de exh. lib. L. postumorum*, *D. de injust. rupt. test.* Et quod de liberis superstitibus præteritis supra diximus, valet hic quoque in postumis, & iis qui postumorum loco sunt, ut si hi, postquam nati, aut veluti agnatione sui heredes facti sunt, postea vivo parente decesserint, quamvis illico: placeat, nihilo magis restitui testamentum, quod semel ruptum est. *L.* 2. *C. de post. her. inst.*

VII. Sed & hoc ita temperandum est, nisi eo testamento scripti sint heredes, qui ab intestato quoque successionem obtinere potuerunt. Tum enim placet, hic quoque ex bono, & æquo defendi voluntatem defuncti, & dari scriptis heredibus bonorum successionem secundum tabulas. *d. L. postumus*, *D. de lib. & post.* Quod etsi in *d. L. postumus* scriptum est sine distinctione heredum in principio: tamen meminisse debebimus, & ad eum casum pertinere conditionem, quæ in extremo ejus principii subjicitur in illis verbis, *Idem & circa*. Ea conditio est, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit. Hanc, inquam, conditionem sic accipi debere, ut ad omnes species præcedentes, quas eadem ratio conjungit, referatur. Idem dicemus, etsi, extraneis scriptis heredibus, voluntas testatoris recenti judicio rediérit; quam exceptionem & supra posuimus ex *L. pen.* §. *ult. D. de bon. poss. sec. tab.*

VIII. Si liberi emancipati præteriti erunt: valet nihilominus testamentum jure civili: sed præteritis datur a prætore bonorum possessio contra tabulas. §. *emancipatos*, *Inst. de exh. lib. L. maximum*, *C. de lib. præt. vel exh.* Hac petita, hic quidem exitus est, ut non minus rescindatur testamentum patris, quam si ab initio nullum fuisset jure civili. Perinde enim res redit ad caussam intestati. *L. non putavit*, §. *ultim. D. de bon. poss. contr. tab. L. ut liberis*, *C. de coll.* Sed non eo minus multum interest, utrum hoc modo dicamus testamentum rescindi; an ipso jure nullum esse, ne quis hic de verbis aut for-

to instituto dat Prætor bonorum possessionem. *Unde liberi.* Quæ non datur nisi ubi testamentum nullum, per inscriptionem *Tit. D. si tabulæ testamenti nullæ extabunt.* & *Unde liberi* & per *L.* 1. §. *ult.* & *L.* 2. *d. tit.* (2) Quia etsi abstinens non sit heredis loco Prætori; tamen prætori perinde absurdum, ut ex præteriti arbitrio pendeat jus tabularum. (3) Pugnantiam involvit ob abstentionem præteriti filii, testamentum convalescere. Non enim abstinet a successione testati, quia non est institutus. Ergo ab intestati successione. Quare necesse est prius eam intestati successionem ipsi abstinenti esse delatam. Delata successione intestati, nunquam fieri potest regressus ad caussam testati. Obiic. At datur ex testamento, quo filius præteritus, bonorum possessio secundum tabulas. Respondeo Sed non quia tabulæ valeant, sed quia, quoties tabulæ proferuntur septem testibus signatæ, licet nec jure prætorio valeant secundum eas tamen bonorum possessio datur. Verum ea est sine re, quoties adest qui ab intestato hereditatem evincere potest. Ulpian. *Tit.* 23. §. 6. & *Tit.* 28. §. *ult.* Obiic. At ipsi præterito datur bonorum possessio contra tabulas. Respondeo. Ob hoc ipsum, ut appareat, eas tabulas Prætorem ratas non habere. Neque enim, ut ea detur, requiritur semper, ut subsint tabulæ jure Civili, vel prætorio validæ: sed sufficit si tales adsint, ex quibus dari possit bonorum possessio secundum tabulas sive cum re, sive sine re futura. Nec denique obstat *d. L.* 17. *h. t.* Non enim ibi sustinetur testamentum jure prætorio: sed legata, ac libertates ex æquo, & bono præstantur ab intestato (quod novum non est, ut tot. *Tit. si quis omiss. caus. testamen.* & in specie *L.* 38. *de fideic. lib.*), perinde ac si testamentum valeret. Et ratio ea ICtum Papinianum movit: quia posse institutos fratres perinde manere hereditas, ac si testamentum valuisset. Occasio autem fratris præteriti non debet lucro afficere institutos. *L.* 14. *de legat. præstand.* Ita Faber *d. C.* 14. pluribus. Cujus sententiam paucis his me expressisse, confido. Volui certe. Quæ licet acuta sint, & subtilia, non tamen intelligo, cui bono sit sic statui, aut quid in effectu intersit testamentum hujusmodi sustineri, aut non sustineri; modo relicta in eo præstentur. Quid si refert, an scripti successores, olim legitimi in *d. L.* 17. sibi vindicent hereditatem ex testamento, (ut Donell. noster, & alii volunt), an ab intestato (ut Faber); modo utrumlibet statuatur, pariter graventur, aut onerentur legatis, aliisque præstandis? Dices, effectum in eo esse, si instituti sint testamento, sed non ex æquis partibus, ubi ex sententia aliorum partes adsignatas, ex Fabri autem sententia viriles sint consequuturi. At nec hoc admittit ratio Fabri petita ex *d. L.* 14. *de legat. præstand.* Contingeret enim hac ratione ex caussa præteritionis lucrum instituto, illi videlicet, cui minor hereditatis portio testamento adscripta, quam quæ ei lege ab intestato defertur. Quare haud scio, an non vulgatæ opinioni, quæ habet, a prætore sustineri hoc testamentum, præterito abstinente, potius adsistendum; maxime propter *L.* 12. *vers. idem & circa injustum*, *de injust. rupt.* quam quidem varie eludit Fab. 5. *Conject.* 16. Sed omnia expendere nec festinatio, nec institutum sinit. Absurde autem Alex. Picenard. *in Rub. I. de exhered. pag.* 72. *col.* 2. censet, *d. L.* 17. loqui non de validitate testamenti, sed libertatibus, & legatis ipsi filio præterito relictis; quæstionem esse, an illæ debeantur; responderi: Si a fratribus partem hereditatis ab intestato petat præteritus, non deberi; sin se abstineat, eum legata, & libertates petere posse. Nam quonam libertas ex testamento competat ei, qui nunquam servus fuit?

formulis, non de rebus agi, existimet. Nam, ubi ipso jure, seu jure civili testamentum nullius momenti est, semper locus fit legitimis heredibus, sive hi liberi futuri sunt; sive, sublatis liberis, alii ex proximis cognatis utpote parente intestato mortuo. At, ubi bonorum possessio tantum adversus testamentum proposita est, sic ac petita rescinditur testamentum: ut prius hanc peti oporteat, & peti intra annum, quod tempus liberis præstitutum est. *L. 1. §. largius, D. de successor. edict.* Multis autem modis fieri potest, ne liberi ita petant: vel quia morte præventi sunt, vel quia tempore exclusi, vel quia bonorum possessionem repudiarunt. Quibus omnibus modis bonorum possessionem amitti constat. *d. L. 1. §. qui semel, §. quibus, de successor edict.* Ac totidem modis accidit, ut testamentum valeat, & locus sit scriptis heredibus, non legitimis.

IX. Si ii liberi præteriti sint, qui nunquam in potestate testatoris fuerunt, ut sunt filii matri, nepotes aviæ, vel avo materno: hi pro exheredatis habentur. *§. ult. Instit. de exh. lib.* Porro liberis rite exheredatis nullum remedium est ad rescindendum testamentum, nisi querela inofficiosi testamenti, *L. non putavit, in princ. D. de bon. poss. contr. tab.* cui nunquam locus est, nisi cum valet jure civili testamentum; nec hereditas intestati jure, aut quo alio auferri potest. *§. tam autem, Inst. de inoff. test.* In hac querela si liberi obtineant, idem hic exitus, qui supra; & quidem plenior, ut testamentum omni ex parte rescindatur ipso jure. *L. Papinianus, §. ult. D. de inoff. test.* Sed obtinent, si querela egerint. Multis autem modis & hic itidem fit, ne agatur, de quibus opportunius in actione de inofficioso testamento dicetur, quod futurum est inter actiones.

X. Hæc omnia de his liberis dicta sunt, qui primo gradu fuerunt, cum testator moritur. Nam, si testator filium habuit, & ex eo nepotem: sufficit instituisse filium, qui sit superstes patri, ut nepotes, quamvis mortuo postea filio, excludantur. De quo dixi supra *Capite XI. in extremo.* Sed etsi filius exheredatus fuerit: idem juris est, præterquam si exheredatus, nondum adita hereditate, decesserit. Quo casu Justinianus nepotibus querelam inofficiosi patri competentem dedit, ut eodem *Capite* attigimus. *L. si quis filium, C. de inoffic. testam.* Quod si filius neque heres institutus, neque exheredatus erit, an, eo excluso, sequentes gradus admittantur ad querelam inofficiosi testamenti, dicetur postea suo loco in ejus querelæ explicatione, cui locus est inter actiones in rem de universitate.

XI. Hi modi infirmandi testamenti, ut proditi sunt jure antiquo, ita & confirmantur a Justiniano in *L. maximum, C. de lib. præt. vel exhered.* Ajo, nihil in his [4] mutatum esse constitutione ejus Novella, quod ad heredum institutiones attinet. Proinde etiam post eam constitutionem nos hactenus in eo jure manere debere. De quo quamquam abunde jam olim ad *Auth. ex caussa* in commentariis scripsimus: tamen nihil vetat, quia proprius hic locus incidit, eamdem sententiam hic attingere, & uberius persequi.

XII. Hujus ergo rei argumenta non obscura esse puto quatuor, quæ ducuntur ex ea constitutione in *§. sive igitur* & *§. hæc autem.* Primum hoc est. Quidquid lege nova specialiter emendatum non est, id veterum legum, & constitutionum regulis relictum intelligi oportet. *L. præcipimus, in fin. C. de appellat.* Justinianus autem in utroque illo loco, ut summum, certe nihil amplius constituit, quam ut, si liberi exheredati sint, aut præteriti, *irritum* sit testamentum parentis, ut & expressum est in *d. Auth. ex caussa, C. de lib. præt. vel exher.* Significanturque hoc verbo interdum quidem ea testamenta, quæ ipso jure, & statim non valent: sed multo magis, & proprie ea, quæ, cum valuerunt, postea rescinduntur. *§. alio, Inst. quib. mod. test. infirm.* Quapropter, cum specialiter non constituat, ut ex superioribus caussis nullum sit testamentum: in vetere jure manere debemus.

XIII. Secundum argumentum est in verbis ipsius constitutionis. Non enim dicit Justinianus, ex his caussis testamentum esse irritum, uti concepta est *Authent. ex caussa*: sed jubet, testamentum irritum fieri, testamentum everti. Utitur enim his verbis, τῆς διαθήκης ἀνῃρημένης: item ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, in *§. sive igitur*, & *§. justum*, versic. *si autem hæc omnia*, quæ valent, *testamento irrito facto*; *subverso testamento* Jam vero, ut dici possit, *irriti* verbum ad utrunque genus testa-

4) Consentit A. Fab. 14. de Error. Pragm. 7. & Fach. 4. Contr. 9. ubi vide dissentientes. Quare & adhuc hodie materna, & avita præteritio ejus, qui in potestate non est, exheredationis vim habet; quæ, si sine elogio facta, injusta quidem, supra C. 11. Not. 5. non tamen evertit testamentum, sed dat querelam inofficiosi. Quod noster hic velle convincitur Dus. Hot. 7. Obs. 8. Vult. in §. ult. I. h. t.

testamentorum pertinere, tam eorum, quæ per se non valent; quam eorum, quæ a principio justa postea infirmantur: at certe illud, *irritum fieri*, seu *everti*, *& rescindi*, non nisi de his recte dici potest, quæ ab initio jure valuerunt. Quod enim nullum est, rumpi, aut rescindi non potest. *L. 5. D. de injust. rupt. test.* Necesse est igitur, his verbis intelligi, si testamentum ex superioribus caussis ante Novellam ab initio irritum fuit, etiam nunc sententia judicis tale debere declarari: sin ante ita fuit, ut vere irritum fieret, cum prius valuisset, etiam nunc ita, ut ante, irritum fieri debere.

XIV. Tertium argumentum non obscurum ex iis rationibus est, quibus utitur Justinianus in eodem §. *sive igitur*. Ait, ae hanc pœnam constituere tantum ut liberis consulatur, ne quam patiantur injuriam falsis accusationibus, aut circumscriptione parentis. Et apertius in § *hæc autem* tam de præteritionis, quam de exheredationis pœna loquens nominatim testatur, se, quod de testamento ex his caussis irrito faciendo cavit, constituisse, ut tam a liberis, quam a parentibus injuriam præteritionis, & exheredationis arceret, atque hoc modo utrisque consuleret. Ergo quæcunque ratio est ex jure vetere, qua ex his caussis testamentum infirmatur, & consulitur liberis, si hanc servamus: legi Justiniani satisfactum est. Atqui, bonorum possessione petita, aut, querela inofficiosi porlata, æque liberis consulitur. Statim enim his modis liberi obtinent; &, cum obtinuerint, testamentum rescinditur, fitque his locus ab intestato. Proinde hæc sententia Justiniani est, ut, dum liberis consultum sit, in his ipsis modis infirmandi testamenti nihil innovetur: sed in vetere jure manesmus.

XV. Postremo ex iisdem rationibus apparet, quemadmodum Justinianus voluit his pœnis consultum esse liberis: ita voluisse consultum solis liberis. Contra sententiam ejus igitur, novam aliquam infirmationem testamenti inducere, qua consulatur aliis, quam liberis, eoque nec infirmatio admittenda est. Collectio est Ulpiani in re simili in *L. 3. §. sed utrum*, *D. de minor.* Jam vero, si ex caussa præteritionis pariter volumus, in omnibus liberis testamentum nullum esse: multis modis consulitur non liberis, sed legitimis heredibus extraneis. Multis enim modis accidere potest, ne liberi petant bonorum possessionem contra tabulas, aut ne agant querela inofficiosi testamenti. Quibus tamen modis si placet, æque testamentum nullum esse: vocantur legitimi heredes, exclusis institutis. Quod nequaquam Justiniani consilium fuit, qui, ut dixi, voluit consultum solis liberis præteritis. Quare hæc ratio infirmandi testamenti in universum inducenda non est, ut dicamus, liberis præteritis, testamentum nullum essa: sed vetus ratio rescindendi ex hac canssa testamenti servanda.

XVI. Sed impeditur hæc sententia his verbis, quæ sunt initio ejus partis, quæ de hac specie est in §. *aliud. quoque*. Sic enim lex jubet: non licere parentibus liberos præterire, vel immerentes exheredare. Hinc sic vulgo colligitur: Quidquid fit, lege prohibente, pro infecto est. *L. non dubium*, *C. de legib.* At, præteritis liberis, aut immerito exheredatis, testamentum fit contra, quam lex superior vetat. Proinde ex his caussis testamentum pro infecto, & nullo erit. Sed, quod dicitur, nullum esse, quod fit lege prohibente, non est perpetuum. Id ita accipiendum est, nisi appareat, nominatim aliud legi placuisse, quam ut, quod fit, ipso jure nullum esset, veluti cum lex quid fieri vetat; &, si contra factum sit, nominatim pœnam statuit, ut, quod fit, certo modo rescindatur. Id cum fit, an dubitamus, ex sententia manifesta legis id valere: eo autem modo, quo legi visum est, & tunc, cum visum est, solum rescindi? Id vel ex eo jure liquere potest, quod de exheredatione olim fuit in hoc argumento. Nam & jure vetere itidem placebat, non licere parentibus liberos exheredare, nisi meritis de caussis, ut est in *L. ultim. D. de bon. damn.* Et tamen, si immerito exheredati essent, nihil amplius fuit exheredatis, quam querela inofficiosi testamenti. *L. non putavit*, *in princ. D. de bon. poss. contr. tab.* Neque huic querelæ unquam locus est, nisi cum jure valet testamentum. *§. tam autem*, *Institut. de exhered. lib.* Unde igitur querela ad rescindendum testamentum; ac non potius ipso jure nullum est testamentum, in quo adversus legem, aut bonos mores liberi sunt exheredati? Ex eo scilicet, quod, cum jus vetuit liberos exheredari, nisi meritis de caussis, nominatim pœnam adjecit, si contra factum esset, ut daret exheredatis querelam inofficiosi testamenti. Id ipsum accidit in constitutione Justiniani in ea specie, de qua agimus. Constituit initio, non licere parentibus liberos præterire, aut immerito exheredare. Utrumque ejusmodi: ut, si nihil adjiceret amplius, intell:

telligeremus, testamentum nullum esse, in quo contra liberi præteriti, aot exheredati esseet. Sed hic non consistit: verum sdjicit nominatim pœeam, quam hic servari velit in *d.* §. *sive igitur*, & §. *hæc autem*, ut, si hæc ita servats non sint, velit, testamentum *irritum fieri*, *everti*. His verbis non sigoificator, plscere testamentum nullum esse: sed, si prins valnit jure vetere, rescindi, & irritum fieri. Iocivile porro est, nisi tots lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere. *L. incivile*, *D. de legib.*

XVII. Exheredatinnis injnstæ jure veteri pœns hæc est. Si liberi rite exheredsti non snnt, idest non nominatim, nnn pure, non ex toto grsdn, non ex hereditate: pro non exheredatis, sed præteritis habentur. *L. non putavit*, §. *non quævis*, *D. de bon. poss. contr. tab.* Itaque quæ, præteritis liberis, pœes præteritionis futora esset: eadem, & his ita exheredstis, futura est. Sois heredibos ita exheredatis, iontile est testsmentum statim, si jam nati præteriti sint: aut fit tsle postea sgnstioee, vel quasi agestione, si postea nati fnerint. Emsncipstis its exheredatis, dstur his bonorum possessio cootra tsbulas, quæ non dstur, oisi præteritis. *d. L. non putavit*, §. *non quævis*, *de bon. poss. contr. tab.* Reliqoi liberi, qui in potestate defnncti nec sunt, nec fuerunt, etsi boc modo præteriti snnt: tamen ipsa præteritio in his pro exheredatione hsbetur. §. *ult. Instit. de exhered. lib.*

XVIII. Quod si rite exheredati sint, sed immerito, nec jnstis de csussis: hic jns ita fnit, ut jure civili valeret testamentum, nec jure prætorio dsretnr exheredstis booorum possessio: sed unum his esset remedium ad resciodeedum testamentnm querela inofficiosi testamenti. *L. non putavit*, *in pr. de bon. poss. contr. tab.* Idque ita fuit, etsi jostæ causæ exheredationis nollæ adscriptæ essent. Neque id solom: sed etsi constaret, nullsm omoino caussam exheredatioois esse posse. Argumento soot infantes, stque adeo postumi, qui olim exheredati, seo exheredes esse jussi, noam querelam testamenti inofficiosi habuerunt, *L. postumus*, *D. de inoffic. test.* §. *tam autem*, *Inst. eod.* in quos tamen coostat iegratitudinem, aut ullum delictnm, quod exheredatione plectstor, cadere noo posse. Qnod & Justieianus nominatim confirmavit io *L. si quis suo*, §. *ultim. C. de inoffic. testament.*

XIX. Quod jos si hodie manere volumus: dicemus, etsi nulla sit justa caussa exheredaodi ex his, quas Justinisous constituit: aut non sit a testatore adscripta: tamen non nullius momenti testamentum esse, sed solum qncrela ieofficinsi perlata rescindi. Neque hoc de nihilo est, ntrnm potius statnamus, nt de testamento per honorum possessinnem contra tabelas rescisso jam snpra moonimus. Etsi enim habet hoc querela inofficiosi testameoti, nt, cum is, qui egit, obtinuit, tam resciodatnr ipsn jnre testamentom, qnsm si s principio nullum fuisset: *L. Papinianus*, §. *ultim. D. de inofficios. testament.* tamen, ntrum oullum sit ipso jure, an per querelam rescindatur, hoc interest, quod, si nnllnm est, testator decedit intestatus, nt non alii nnqusm sint heredes, qnam legitimi exclusis scriptis heredibus: sin querels solum admittitur, multis modis sccidere potest, ut testameotom consistat, & scripti beredes obtinesot hereditatem, nempe omnibus iis, quibos qnerels inofficiosi sgi non potest. Qnod non contingit bis modis, si liberi, noo præparats querela, decesseriot; *L. quemadmodum*, *D. de inoff. test.* si qeerelsm repudiaveriot; *L. qui repudiantis*, *D. eod.* si iotra quioqueeniom non egeriot; *L. Papinianus*, §. *ult.* & *L. si autem*, *seq. D. eod.* si judicium testatoris qeoqno modo agnoveriot. *L. pen.* §. *ult. L. ult. D. eod.*

XX. Nos vero etiam nunc [5] post Consitutionem Justinisni hoc idem jos manere dicimus, ut scilicet, nulls etism caussa exheredationis adscripta, sut non justa (quorum ntrunque, inspectis verbis testameeti, statim sob sensem cadit): tamen exheredstis liberis non aliud sit remedium ad infirmsodom testamentum, qnam nt de inofficioso agant: his querels exclosis, manest hereditas penes scriptos heredes. Movenur iisdem rebus, quibus supra. Nsm primum Justinisnus in *d. Novell.*

Ut

5) Consentit Pec. 5. *Q.* 86. Arom. *Exerc. Just.* 10. *Th.* 6. Diss. Cujac. *ad L.* 4. *h. t.* Loriott. *de Jur. artic.* *Tr.* 12. *de Exher.* Arlom. 8 P. Greg. 44. *Synt.* 3. *n.* 5. & 17. Picen. *in Rub. I. h. t. p.* 64. Vult. *in* §. 1. *h. t. n.* 16. Vigl. *ibid. n.* 9. Putant hi, sententiam suam æquitate majore niti. At non illa sententia benignor, sed Donelli nostri. Facit enim pro conservatione supremæ ordinationis; nec nocet ipsi postumo. Finge enim non nasci postumum aut natum mox decedere, querela nondum præparata: quusnam hereditatem habere æquius melius? Ex Donelli sententia habebunt scripti, quia querela nondum præparata ad heredes non transit, & servabitur testatoris voluntas, nec ulli fiet injuria: ex aliorum opinione, venient ab intestato, ad quos jus dicendi nullum transit.

Ut cum de app. cogn. §. *sive igitur* nominatim eavet, si liberi ita exheredati non sint, uti supra scriptum erat, testamentum irritum fieri. Proprie non fiunt irrita, nisi quæ rescinduntur: nec rescinduntur, quæ nulla fuerunt. §. *alio, Instit. quib. mod. test. inf. L.* 5. *D. de injust. rupt. test.* Idem Justinianus *ibidem*, tum in §. *hæc autem* testatur, se hoc toto jure, quod hic constituit, liberis consulere voluisse, ne quam paterentur injuriam in testamentis parentum. Satis illis consulitur proposita querela inofficiosi testamenti. Nam, si nulla justa caussa est exheredationis, aut non adscripta testamento, aut ab herede non probatur: statim liberi obtinent, ut fiant patri intestato heredes non secus, quam si testamentum ipso jure nullum esset. *L. ut liberis C. de coll.* Quapropter hoc remedium ad sententiam Justiniani satis. Idem Justinianus *ibidem* vult consultum solis liberis. Non ergo testamentum nullum erit, nisi quatenus & olim nullum fuit: alioqui consulitur etiam aliis legitimis heredibus, qui, liberis vel morte, vel repudiatione exclusis, intestato testatori succedent. Quod, cum non sit propositum Justiniano, non admittemus. Arg. in *d. L.* 3. §. *sed utrum, de minor.* De eo, quod Justinianus initio cavet, non licere parentibus liberos exheredare, nisi justis, de his adscriptis, ac probatis de caussis, quomodo accipiendum esset, si contra factum esset, jam satis supra respondi.

XXI. Summa hæc est. Ex caussa præteritionis vel exheredationis liberorum testamentum parentis irritum est. Sed hoc *irritum*, dupliciter: alias ut nullum sit testamentum ipso jure: alias ut solum, liberis postulantibus, rescindatur; his petitione exclusis, valeat. Ipso jure nullum est, liberis suis heredibus præteritis: nullum statim, si sui heredes jam nati præteriti sint: nullum postea agnatione, aut quasi agnatione postumorum, si præteriti sint, qui nondum nati, aut nondum sui heredes erant. Suis heredibus exheredatis, aut cæteris liberis, qui sui non sunt, vel exheredatis vel præteritis; testamentum jure civili valet: solum, postulantibus liberis, rescinditur. Rescindendi via duplex: bonorum possessio contra tabulas, & querela inofficiosi testamenti. Illa proposita, ut necessaria solis liberis emancipatis præteritis: hæc exheredatis, aut si qui sunt, qui præteriti pro exheredatis habentur, quales sunt, qui in potestate parentis nunquam fuerunt. Quid referat, utrum ipso jure nullum sit testamentum, an vero istis modis rescindatur, supra ostendi.

XXII. Quatenus ex his caussis testamentum irritum sit, alterum illud est, quod in hac pœna spectandum esse diximus. Id expressum est in *d. Auth. ex caussa, C. de lib. præt. vel exh. & d. Novell. Ut cum de app. cogn.* §. *sive igitur.* Institutiones nimirum heredum irritæ sunt, id est, hereditas ad solos liberos præteritos, vel exheredatos pertinet, exclusis scriptis heredibus: cætera testamento cauta rata manent. *Cætera* exprimuntur in constitutione, ut legata, fideicommissa, libertatum, tutorum dationes eo testamento insertæ. Adde & pupillarem substitutionem, quæ & tunc servatur, cum placet, vel sola legata ex testamento præstari. *L.* 2. §. 1. *D. de vulg.* Quo loco jus singulare, & novum notandum est. Nam ita jus est civile: ut nemo decedere possit pro parte testatus, & pro parte intestatus. *L. jus nostrum, D. de reg. jur.* Unde illud constanter traditum a veteribus: ex quo testamento heres non est, nihil in eo scriptum valere. De quo mox apertius. Hic contra constitutum videmus, rejici nimirum institutiones, & hactenus parentem decedere intestatum: legata, & cætera testamento cauta rata esse, & hactenus testamentum valere: proinde & hactenus defunctum testatum decedere. Ex quo intelligi debet, quæcunque veterum constitutiones, & responsa in contrariam sententiam hodie exstant tam in Codice, quam in Pandectis, omnia hac lege abrogata esse. Filio præterito, qui fuit in patris potestate, placebat, neque libertates competere, neque legata deberi. *L. filio, D. de injust. rupt. test.* Hodie & libertates competent, & debebuntur legata. Ex rupto testamento certum jus erat nihil deberi, neque peti posse *L.* 1. *C. de post. her. inst.* Hodie debebuntur, & peti poterunt omnia. Testamento per bonorum possessionem rescisso, nihil ex judicio patris debebatur, præterquam certis personis; hoc est, liberis, parentibus, uxori, nuruique dotis nomine legatum. *L. non putavit*, §. *ult. D. de bon. poss. contr. tab. L.* 1. *D. de leg. præst.* Hodie debebuntur omnia, & omnibus. Nec minus jus certum erat, ex caussa inofficiosi testamenti ita ipso jure rescindi testamentum: ut nec valerent libertates, nec legata deberentur. *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoff. test.* Ex hac constitutione valebunt omnia præter institutiones. Neque id tantum dicimus, quia diserte cautum est ea lege, solas institu-

stitutiones irritas esse, cætera valere, *d.* §. *sive igitur*: sed etiam quia in §. *justum*, vers. *si autem hæc omnia* nominatim abrogatur a Justiniano, si quid in aliis legibus inventum fuerit ei constitutioni contrarium. Et hoc quidem hodie dubitationem non habet in testamento ejus, qui [6] vel exheredavit, vel præteriit liberos, quos se habere non ignorabat. Nam qui voluit successione sua tota esse exclusos: multo magis voluit, si quo casu ad eos rediret hereditas, eos hereditatem habere legatis a se relictis imminutam.

XXIII. Quæsitum est, num idem probandum sit in testamento ejus, qui ideo liberos præteriit, quia se non habere putavit. Finge, parentem, falso rumore perlato filii, quasi is in exercitu, aut a latronibus occisus esset, in hoc errore instituisse alios heredes extraneos, & quidem nominatim, quod diceret, ideo se eos instituere, quia sibi is heres, quem optabat, non contigisset: ab his heredibus multa legata reliquisse. Filium quidem reversum, & præteritum constat, irrito testamento parentis constituto, hereditatem ejus ab intestato obtenturum & jure vetere, & maxime constitutione Justiniani, quam tractamus. Idque etiam non modo non invito, sed etiam volente, & ita exoptante patre. De legatis [7] eo testamento relictis quæritur, an putemus, ea etiam ex hac constitutione a filio præstanda. Verba constitutionis manifesta sunt, præstanda esse. Sed videtur voluntas parentis refragari. Verisimile est enim, parentem, si scivisset, sibi filium esse superstitem, ut alios non institueret heredes: ita nec filium iis legatis fuisse oneraturum. Et hanc conjecturam jus certum confirmat. Placet enim, nonquam quemquam videri alienas successiones propriis anteponere. *L. cum acutissimi, C. de fideicomm.* Porro, cum in testamentis voluntas faciat, ut valeat quod in testamento scriptum est, *L. 12. in fin. D. de legat.* 1. nihil potest deberi contra ejus voluntatem. Sed & in hac specie legata a filio præstanda, jam olim singulari [8] jure constitutum erat, quod exstat in *L. cum mater, D. de inoff. test. L. ult. D. de hered. instit.* Id cum non [9] mutarit Justinianus Novella constitutione, sed magis & in universum confirmarit: nihil dici potest, cur in eo non maneamus, etsi Bartolus in superioribus

6) Ita & Duar. *ad Tit. D. de injust. rupt. C.* 2. *f.* 366. Bellon. 4. *Supputat. ult.* Loriott. supra *d. Tr.* 12. *Axiom.* 53. *& seqq.* Fachin. 4. *Controvers.* 10. *&* 11. *Contr.* 70. A quibus ut discedam, & Cujac. *in L.* 4. *h. t. & in L.* 17. *de injust. rupt.* P. Greg. 42. *Synt.* 12. *n.* 31. Vasq. *Lib.* 2. *de Success. Creat.* §. 10. P. S. *Requis.* 29. *n.* 191. *& Lib.* 2. *de Success. progressu*, §. 14. *n.* 125. *& seqq. &* 3. *Illustr. Contr.* 106. *n.* 13. *& seqq.* Chiflet. *Lib.* 3. *de Jure Fideic. C.* 8. Bas. 3. *Parad.* 6. A. Fab. 20. *de Err. Pragm.* 4. accedam, sequantur me partim illorum, partim meæ rationes, quibus ipsis & contraria argumenta diluuntur, me morant. I. Quia jus vetus, omnimodo infirmans ex certa juris ratione, non mutatum aperte. II. Quia perquam durum est regulam *L.* 7. *de R. I.* ex ipsuma, & intima Jurisprudantia depromptam, & verissimam juris rationem, (qua nihil in testamento citra institutionem valet. Vid. *not.* supra *Cap.* 11. *N.* 2.) sublatam esse. III. Quia idem sic fieret, ut quis in totum intestatus, & ex parte testatus decederet, quod contradictionem implicat. Concurreret enim filius præteritus cum legatariis, & quia exheredationis jus, quod vivo patre habuit, ei non abscissum, ejusdem in solidum manet dominus, & ab intestato in totam hereditatem, ac omnia bona succedit. IV. Quia in *d. Nov.* 115. per *præteritionem* intelligitur non alia, quam matris, vel avi materni, vel filii, qui patrem præteriit, quæ loco exheredationis est. Ubique enim eadem ratio illius constituitur, quæ exheredationis, & ex utriusque causa dicitur testamentum everti, evacuari, rescindi. *d. Novell.* 115. *cap.* 3. *in fin. & cap.* 4. *in fin.* Atqui & noster fatetur, ex præteritione paterna nullum esse, saltem quoad institutionem. Quid quod sola illa vere præteritio est, cum paternus nullus sit affectus. Chiflet. *Lib.* 3. *de Jure Fideic. Cap.* 5. V. Quia Imperator voluit auferre injuriam præteritionis, scilicet eam, quæ antea non ablata, contra quam liberis non plene prospectum erat. Ea autem est materna, & quæ illi similis. Præteritis enim a patre leges antiquæ plenissime consulunt, & durum est constitutionem in favorem liberorum editam, in eorum incommodum torqueri. VI. Quia & *Auth. ex causa, C. h. t.* Irnerius concepit de *irrito* facto testamento ex causa præteritionis. Filio autem a patre præterito non fit irritum, sed est injustum. Et utut Irnerius secus forte senserit: tamen authenticæ illius, non sunt omnino authenticæ. Vid. supra *Lib.* 1. *C.* 11.

7) Et hic a nostro recedo. De matris præteritione loquitur *d. L.* 28. non de patris, cujus præteritio, etiam ab ignorante facta, non minus; immo magis reddit testamentum ipso jure nullum, ut inofficiosum argui nec debeat, nec possit. Nam quando a sciente suus præteritus est, deficit tantum potestas, quando ab ignorante & potestas, & voluntas adimendi jus, quod suus habet. Quæ autem quæso vel fingi, aut mente concipi potest ratio, cur jure veteri, (quo filio scienter præterito, nulla legata ex testamento deberi apud omnes constat) ab inscio, & errore deceptus præteritus legata præstare debuerit. Immo ex hac causa præstita legata filium hanc condictione repetere text. est *in L.* 3. *de Cond. indeb.* (quæ cum de patre loquatur non matre, ut *d. L.* 28. illi contraria non est, ceu putat Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. v. donatione largitus num.* 267 Appollini solvendam antinomiam, quæ nulla est, relinquens) Qui igitur repetitionem habet, magis retentionem.) Quod autem *ad L. ultim de her. inst.* attinet, miror, non animadvertisse eruditissimum Donellum, ex verbis ipsis illius errore, posteriore testamento præteritam, cum decessisse falso crederetur, non filium testatoris, sed fratris ipsius, quæ priore testamento instituta.

8) Quoad hoc recte Donellus, ut & Duaren. *ad Tit. D. de inoff.* c. 14. & A. Fab. 20. *de Err. Pragmat.* 9. *&* 1. *Juris Pr.* 1. 2. *Pr.* 1. *Ill.* 56. Rationem autem juris singularis (ego hanc puto,) quæ præteritioni paternæ non convenit. Ut querela inofficiosi subvertatur totum testamentum, pœna est injustæ exheredationis. Cui pœnæ hic locus non est, cum mater probabili errore decepta, filium, quem non superesse putavit, prætereundo, non deliquerit; nec possit factum illius argui quasi recesserit ab officio pietatis. Nulla igitur iniquitas, filium præstare ea legata, quæ mater etiam ab ipso, si rumore de ejus obitu non decepta, instituisset, relictura fuisset, quæque forte in priore testamento, qui filium instituerat (quod facile præsupponi potest, in *d. L.* 28. *arg. L. ul. de her. inst.*) ab eo ante reliquerat.

9) Ceu volunt Baro *in d. L.* 28. (quia, inquit, nec principalibus rescriptis paruerunt compilatores *L.* 2. §. *quo omnia. C. de vet. jur. enucl.* Sed non sequitur. Adnotavit illa non Tribonianus, sed Paulus) Cort. 3. *Conject. ad fratr.* 35. & Cujac. *ad L.* 23. *de lib. & post.* qui tamen alter 12. *Obs.* 22. & alter 26. *Obs.* 9.

Digitized by Google

ribus locis contra disputat, & sentit. Si de voluntate patris constaret, nolle eum legata præstari, si filium haberet: negaremus, legata deberi a filio. Nunc autem legata relicta sunt, nec de contraria voluntate quidquam certo probatur. Melius est igitur pro verbis & voluntate testatoris, quæ ex verbis colligitur, respondere. Nec, cum filius in hac specie legata præstabit, videbimur alienas successiones propriis testatoris successionibus anteponere. Hic enim non extranei successores præponuntur filio, sed filios aliis heredibus, cum hereditas ad filium solum pertineat. Et quod onere legatorum obstringitur, non facit, quominus sit heres, & successor patris. Quin ideo legata præstat, quia est heres. *L. 2. C. de her. vel act. vend. §. heres, Instit. de oblig. quæ quas. ex contr.* Disserui in hanc sententiam fusius in Commentariis ad *Auth. ex caussa*, unde plura & certiora, si quis volet, sumere licebit.

CAP. XIV.

De institutione, & exheredatione parentum. Quid harum in utroque a liberis servari oporteat ad vim testamenti. Parentibus præteritis, aut injuste exheredatis, quæ præteritionis, & exheredationis pœna; seu qua via testamentum ex his caussis rescindatur, & quatenus.

Liberi, si filios non habeant, parentes in testamento heredes instituere debent, vel exheredare. Præteritis datur querela inofficiosi testamenti. Quare. I.
In institutione tria spectanda. II.
Non sufficit quovis titulo debitam parentibus portionem relinquere, sed heredis nomine honorandi. III.
Conditio institutioni parentum adjecta subducitur usque ad legitimam portionem. IV.
Quid si minus legitima portione relictum fuerit. V.
Portio legitima parentibus debita quanta sit. VI.
In parentum exheredatione quænam spectanda. VII.
Quis ritus. VIII.
Quæ causæ. An exprimendæ. Quis probare debeat. IX.
Parentibus præteritis quomodo succurratur. X. XI. XII.
Inofficiosum testamentum liberorum, qua parte infirmetur. XIII.

I. Quod officium exigitur a parentibus erga liberos ad vim testamenti, hoc idem a liberis, quibus alii liberi non sunt, exigitur erga parentes, ut eos nimirum liberi heredes instituant, aut juste exheredent. Præclare enim Papinianus in *L. nam etsi*, D. de inoff. test. *Etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum, & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet.* Id autem habet hanc sententiam. Naturalis erga filios caritas cogit parentes non tantum ut velint, hereditatem suam ad liberos suos superstites pervenire; sed etiam exoptent, & pro eo quidvis vovcant. Mortalitatis quoque, & humanæ conditionis naturalis ordo hic, ut prius parentes decedant. Quæ naturæ conditio facit, ut sic etiam hereditas parentum redeat ad liberos; non contra liberorum ad parentes, qui jam decesserunt. Sed, si eveniet, ut turbetur [1] hic ordo, ac prius liberi evocentur ex hac vita: facit pietas parentibus debita, ut non minus his, quam liberis, debeat relinqui. Et hoc est, quod ex eodem refertur in *L. scripto*, §. *ult. D. si tab. test. null. exst.* Liberos, inquit, ad bona parentum naturæ simul, & parentum commune votum admittit: parentes ad bona liberorum pietas, & ratio miserationis. Miserandus est enim justus dolor [2], & luctus parentis conceptus ex morte liberorum, cui leniendo accommodatum solatium visum est, si hereditas liberorum ad parentem veniret, ne, ut est in *L. jure succursum, D. de jure dot.* parens simul amissi filii, & bonorum ejus damnum sentiret. Hinc parentibus præteritis, aut immerito exhere-

re-

[1] Præposteritas naturæ vocatur, in veteri inscriptione, quando filius morte patrem prævenit, vid. Cap. 8. obs. 23.

[2] Hinc dicitur luctuosa portio *L. 18. C. de in ff.* luctuosa hereditas *L. ult. C. de inst. et subst.*

redatis querela inofficiosi testamenti jam olim constituta. *L.* 1. *D. de inoff. test.* Quod jus confirmavit, & auxit Justinianus *ead. Novell. Ut cum de app. cogn.* §. *justum* , *& seq.* Cavit enim similiter, ut de liberis, non licere liberis parentes præterire aut immerito exheredare. Dixi supra, præterire in hac quæstione esse nec heredes instituere, nec exheredare. §. *eadem, Inst. de her. quæ ab int. def.* Ita constitutio hoc fieri vetando, alterum saltem a liberis quoque exigere intelligitur, ut parentes suos heredes instituant, aut exheredent.

II. In institutione tria item hic spectanda: institutio ipsa, quæ exigitur; institutionis modus, seu forma: & quantitas.

III. Jubentur institui parentes, non utique simul omnes, si quis plures habeat diversis gradibus: sed ut quisque gradu proximus est defuncto. De quo plura dicentur in querela inofficiosi testamenti. Interim proximi gradu institui jubentur. Hoc eo pertinet, ut non sufficiat his quovis modo quid relinquere testamento, etiam quod sit satis ad legitimam portionem ut olim licuit: *L. Papinianus*, §. *si quis mortis*, *D. de inoffic. test.* sed ita relicto honorandi sint, ut instituantur; ac, nisi, instituantur, non eo minus de inofficioso testamento queri possint, & testamentum evertant, & sibi locum faciant ab intestato. Si instituuntur: possunt juberi contenti esse privatis legatis, aut fideicommissis, quæ his relicta sint; aut si quid his donatum sit caussa mortis: cæterum semper institui oportet, ut & in liberis faciendum esse diximus. Diserte hoc cautum in *ead. Novell.* §. *hæc autem*.

IV. Modus institutionis prope idem. Si liberi parentes pure instituant, bene est. Si sub conditione: valet non minus institutio, & simul testamentum: sed conditio usque ad legitimam portionem subducitur: quod ultra est, ad eam quantitatem conditio expectatur. Hæc Justiniani lex est pertinens ad omnes, qui de inofficioso testamento olim querelam movere potuerunt, *L. quoniam in prioribus*, *C. de inoffic. testam.* Potuerunt autem & parentes. *d. L.* 1. *D. eod.*

V. In quantitate institutionis idem plane hic jus quod in liberis. Nam & parentibus similiter legitima portio ut minimum relinqui debet. Sola hæc in his, qui recte remoti a successione non sunt, querelam excludit. *L. Papinianus*, §. *si quis mortis*, *D. de inoffic. testam.* §. *ultim. Institut. eod.* Sed, si tota relicta non est, non infirmatur, ut olim, testamentum: sed beneficio Justiniani placet valere, agi autem ad supplementum reliqui, quo legitima compleatur. Si quid relictum sit tamen, & jure institutionis relictum: alioqui jus antiquum est. *L. omni modo*, *C. de inoffic. testam.* Nam & hæc constitutio ad omnes pertinet, quibus inofficiosi testamenti querela ante competiit.

VI. Legitima portio in parentibus eadem, quæ in liberis, idest non quarta, ut olim; sed triens. Portio generaliter constituta omnibus, quibus olim quarta legibus decreta erat. *Novell. de trient. & sem.* §. 1. ubi trientem; & quartam semper intelligere debemus trientem, & quartam ejus, quod, filio intestato defuncto, potuit ad parentem pertinere. *L. parentibus*, *C. de inoffi. test. L. Papinianus*, §. *si quis mortis*, *D. eod.*

VII. Si liberi parentes non instituant, jubentur exheredare. Sed & hoc prope iisdem legibus, quas in testamento parentum exigebamus. Spectanda itidem in hac exheredatione ritus, & caussæ exheredationis.

VIII. Parentes rite, & eodem ritu, quo liberi, exheredandi sunt. De eo nihil usquam nominatim traditum legimus: sed ex constitutione Justiniani Novella, & re ipsa facile intelligi potest. Ille jubet exprimi caussas, cur parens exheredetur. *Novell. Ut cum de appel. cogn.* §. *justum*: Hoc nihil aliud est, quam jubere, ut parentes nominatim exheredentur. Non enim potest parenti delictum aliquod objici, nisi designetur persona, quæ deliquit. Hoc autem designare est nominatim exheredare. §. *nominatim*, *Instit. de exhered. lib. L.* 1. 2. 3. *in pr. D. de lib. & post.* Jam quod jubentur parentes exheredari, hoc ipso satis jubentur exheredari certo judicio, nam aliter non possunt. Proinde & pure exheredari, non sub conditione. *L. sed sub conditione*, *D. de bon. poss. contr. tab.* Postremo & ipsum exheredationis nomen significat, summoveri eos debere ab hereditate tota, non parte ejus. Nam & is heres est, qui heres est ex parte. Proinde frustra exheredentur ex re certa exemplo liberorum, *L. cum quidam*, *D. de lib. & post.* frustra, si non exheredentur a toto gradu, eodem exemplo liberorum. *L.* 3. §. *filius*, *D. eod.*

IX. In caussis exheredationis idem hic sequimur per omnia. Numerus, & ratio caussarum solum interest. Justinianus in *d.* §. *justum* vult, justas, & certas caussas esse parentum exheredandorum, quas & illic constituit. Commune hoc cum exhere-

heredatione liberorum. Sed eas constituit nonnihil diversas, & eas numero tantum ad septem, [3] quæ inde petendæ sunt. Vult amplius idem, quod in liberis exheredandis, caussas adscribi testamento liberorum. Ut autem probetur ab herede, quod erat tertium in exheredatione liberorum, de eo nihil exprimit. Sed ex priore satis intelligitur, cum postulat, ut caussæ dicantur a liberis. Regula juris perpetua est, ei qui dicit, incumbere probationem; non ei, qui negat. *L. 2. de probat.*

X. Si parentes neque instituti, neque exheredati erunt, idest, uno verbo, si erunt præteriti; aut si erunt exheredati, sed non rite (quod pro præteritione est), aut non justis de caussis: testamentum liberorum irritum est: *d. Authentic. ex caussa, C. de liber. præter.* sed hoc modo irritum, ut rescindatur jure vetere. Ac rescindendi via una proposita parentibus sive præteritis, sive exheredatis, querela inofficiosi testamenti. Hanc solam competiisse parentibus exheredatis, constat. Nam & sola competebat rite exheredatis liberis. *L. non putavit, in princ. & §. non quævis, D. de bonor. possess. contr. tabul.* Non sic autem parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas. *d. L. scripto, §. ultim. si tab. test. null. exst.* De præteritis parentibus dubitari potest, quoniam non semper præteritis liberis est inofficiosi testamenti querela ad rescindendum testamentum. Sed & hoc certum est, parentibus præteritis inofficiosi testamenti querelam fuisse, *L. cum filium, C. de inofficios. testament.* usque adeo: ut fuerit etiam ei patri, qui filium emancipasset, si esset testamento filii præteritus, ut diserte scriptum est in *L. pater, D. eod.* Dabatur & huic ex edicto bonorum possessio contra tabulas filii, ad exemplum patroni. *L. 1. D. si a parent. quis man. sit.* Unde intelligimus, utrumque remedium in parentis personam, concurrere.

XI. Nec contrarium est, quod scribitur in *§. tam autem, Institut. de inofficios. testament.* eos, qui ad hereditatem defuncti totam, vel partem alio jure venire possunt, de inofficioso agere non posse. Hoc enim sic accipiendum est, si alio jure idem tribuente venire possint. Absurdum est enim ei, cui duo jure proposita sint, propter id, quod minus est, invideri, & auferri id, quod est plenius, & uberius. At bonorum possessio, quæ patrono competit adversus tabulas liberti, ad dimidiam partem olim; hodie ad tertiam tantum partem in bonis liberti obtinendam competit. *§. sed nostra, versic. sin autem sine, Institut. de success. libert.* Quo exemplo & ad eamdem quantitatem solum patri emancipatori adversus tabulas filii emancipati datur. *d. L. 1. D. si a par. quis man. sit.* Longe amplius interdum querela inofficiosi testamenti aufert. Hæc enim testamentum totum rescindit. *d. L. Papinianus, §. ultim. L. cum mater, D. de inoffic. testament.* Unde & parens ab intestato sæpe hereditatem totam obtinet, ut appareat, non semper bonorum possessionem hanc parenti idem tribuere, quod querelam.

XII. In hoc jure, atque hac ratione infirmandi testamenti liberorum ex caussa præteritionis, vel exheredationis nihil mutavit specialiter Novella constitutio Justiniani: sed partim verbis, partim rationibus ad jus vetus accommodatis confirmavit, solum hoc nunc cavens, ut instituerentur parentes; &, si exheredarentur; id fieret caussis exheredationis adscriptis; & iis, quas ipse constituit. Etsi enim in principio *d. §. justum* cavet, non licere liberis parentes præterire, aut immerentes exheredare: tamen, si contra fiat, pœnam constituit in *versiculo, Si autem hæc omnia*, non ut nullum sit testamentum: sed ut rescissum nullam vim habeat; & deinde in *§. hæc autem* (sequenti) utitur iisdem rationibus, quas in liberis ab illo reddi supra animadvertimus.

XIII. Pœnæ modus idem, qui supra, eadem Novella constitutus in *d. §. justum, versic. Si autem hæc omnia*, ut ad institutiones duntaxat infirmetur testamentum: cætera firma maneant. *d. Auth. ex caussa, C. de lib. præter.*

CAP.

3) Immo 8. quæ sequentibus versibus inclusa.

1. *Si capitis natum pater accusaverit d. Nov. 115. C. 4. §. 1. 2. Ejus*
Aut vitæ insidias clamve, palamve struat. 4. C. 4. § 2.
3. *Si vetuit cupidum secreta novissima mentis*
Prodere, §. 4. 4. *Nec veritus sit temerare nurum* §. 3.
5. *Si pater, & genitrix tibi fata scelesta moventur.* §. 5.
Pulcra nec ad nati claustra furentis eunt. §. 6.
7. *Filius auxilio si non patris hostica linquit*
Limina §. 7. 8. *Si genitor Numen inune colat.* §. 8.

CAP. XV.

Fratrum institutio, aut exheredatio quorum, & ubi necessaria, ut testamentum valeat. His omissis, quam multis de caussis præteritio ipsa fratrum testamento non noceat. Fratribus immerito præteritis, vel exheredatis, qua via testamentum rescindatur, & quatenus.

Fratribus consanguineis aliquando datur querela inofficiosi testamenti: uterinis nunquam. I.

Frater ingratus præteriri, & exheredari potest, nulla ingratitudinis causa expressa. II.

Heres institutus si nullius notæ macula adspergatur, fratrem submovet ab hereditate fratris etiam non ingratum: si adspergatur, non submovet, nisi vel ille ingratus fuerit. III. seqq.

Vel servus necessarius & solus heres institutus. VII.

Vel frater eadem, aut majori infamia laboret. VIII.

Frater inofficiosum testamentum dicere non potest, si quid ei frater quovis titulo reliquerit. Quanta sit in fratribus portio legitima. IX.

Quando frater adversus testamentum fratris de inofficioso agere possit. Quid infamiæ, turpitudinis, & levis notæ macula. Exponitur L. fratres, 27. C. de inoff. test. X.

I. HÆc de liberis, & parentibus heredibus instituendis, aut exheredandis. Diversa caussa fratrum. Primum fratres uterini impune prætereuntur testamento fratrum, ut est in *L. fratres, C. de inoff. test.* Solis consanguineis [1] eadem lege tributum, ut præteriti aliquando de inofficioso testamento fratris queri possint. Sed & hi in hac re longe dissimili in caussa sunt a liberis, & parentibus. Liberos a successione parentum nulla res excludit, nisi justa exheredatio. Sed nec parentes a successione liberorum, ut ex superioribus intellectum est; eam, his præteritis, aut immerito exheredatis, pariter irritum sit testamentum, etsi in ratione infirmandi testamenti nonnulla varietas est. At fratres a successione fratrum testantium quinque genera caussarum longe dissimilium removent; fitque totidem modis, ut, uno aliquo genere ex his interveniente, fratres non turbent testamenta fratrum.

II. Primum fratrem præteritum, aut exheredatum removet hujus ipsius ingratitudo. In quo ingratitudinis causæ certæ, & hæ tres numero constitutæ in *Novell. de nupt. §. ingratitudinem.* Sed & hic diligenter animadvertendum, in his caussis notandis non idem exigi a fratre, qui testamentum facit; quod a parentibus exheradantibus liberos; aut a liberis exheredantibus parentes. Nam ab utrisque horum exigitur non solum ut justas exheredationis caussas habeant, sed etiam ut eas nominatim inserant testamento, ut ante diximus. Hoc posterius non exigitur a fratre, qui testatur. Frater ingratum fratrem non solum exheredat impune, caussa ingratitudinis nulla adscripta: sed etiam impune omnino præterit. Satis est quandoque dici ab herede, fratrem præteritum ingratum fuisse ex iis caussis, quæ sunt in *d. §. ingratitudinem*; satis, eas caussas allegari ab herede, & probari, etiamsi a testatore fratri objectæ non sint. Id autem sic intelligimus. Scimus enim, jure vetere non fuisse necesse caussas exheredationis adjici testamento, ne adversus liberos quidem, cum constet, etiam postumos, & infantes ita exheredari putuisse: ut exheredatis sola inofficiosi querela competeret. *L. postumus, D. de inoff. testam. §. tum autem, Instit. eod.* Multo igitur minus necesse fuit exprimi adversus fratres. Atqui hoc jus non mutat Justinianus in *Novell. Ut cum de appell. cogn.* in qua de officio parentum erga liberos, & de liberorum erga parentes tantum cavet. Ne id quidem mutat in *d. Novell. de nuptiis, §. ingratitudinem*, ubi ex professo de iis caussis ingra-

[1] Id est, qui vel ἀμφιθαλεῖς; ex utroque parente conjuncti, qui & Germani (a germine quod ex eadem stirpe geniti, Nicol. Perottus *Cornucop. in 3. Martial. epigr. f. m.* 330.) vel si ἑτεροθαλεῖς, altero parente, qui ex eodem patre Chiflet. de *Portion. legit. Cap.* 11. qui fratres patrueles in *L. 1. de parricid.* vid. Cujac. 6. *Obs.* 17. & 11. *Obs.* 26. & 15. *Observ.* 36. Hotom. 6. *Obs.* 10. Rævar. 5. *Var.* 1.

gratitudinis agit, propter quas vult, fratrem removeri posse. Non enim exigit, ut caussæ adseribantur in testamento; solum ingratitudinem exigit. Quamobrem & jus antiquum in eo manere oportet. *L. præcipimus, in fin. C. de appellat.*

III. Secuuda caussa ad removendum fratrem etiam sine ingratitudine per se sola idonea est, si dici possit, testamento fratris alium institutum heredem virum honestum, nec ulla vel levis notæ macula contaminatum. Nam in *L. fratres, C. de inoff. testam.* ita cautum est, consanguineos contra testamentum fratris sui de inofficioso quæstionem movere posse, si scripti heredes vel levis notæ macula adspergantur. Ergo, si qui tales instituti sint, qui non adspergantur: recte colligemus, etiam sine alia caussa, ac proinde etiam sine ulla fratris ingratitudine cessare de inofficioso quæstionem, ut fit, quoties sub conditione quid cavetur, & conditione deficiente, jus cessare, colligimus. *L.* 1. vers. *hujus, D. de off. ejus L. si procuratorem, §. si ignorantes,* juncto §. *igitur, seq. D. mand.*

IV. Neque huic sententiæ adversatur, quod Justinianus postea constituit certas causas ingratitudinis, ex quibus fratrem removeri placeret. *d. §. ingratitudinem, Nov. de nupt.* Aliud est enim ex his caussis fratrem removeri posse: aliud ex his solis, ut & ceteræ excludantur. Quod posterius a Justiniano constitutum non est. Poterit ergo frater ex caussa ingratitudinis removeri: sed poterit etiam ex aliis, si quæ forte vel ante, vel postea constitutæ fuerint. Neque enim una caussa, etiam postea constituta, alias jure constitutas tollit, cum nihil prohibeat plures esse caussas diversas alicujus removendi. Meminerimus, leges posteriores non modo non abrogare priores; sed etiam ad priores pertinere, nisi sint contrariæ. *L. sed & posteriores, D. de legib.*

V. Quorsum igitur, dixerit aliquis, ingratitudinis caussas constitutas esse ad fratrem removendum, si & sine ingratitudine frater removeri potest honesta persona herede instituta? Quia potest turpis institui. Qua instituta, fratri præterito querela dabitur, nisi eum aliæ caussæ removeant. Hic vero opportune objicietur fratri ingratitudo, qua probata, frater non admittetur, quantumcumque turpis persona instituta sit.

VI. Nec obstabit *L. fratres, C. de inoff. test.* quæ fratri querelam dat inofficiosi testamenti, turpibus personis heredibus institutis. Huc enim cum hac exceptione accipiendum est, nisi sit frater ingratus, quod a Justiniano postea aut inductum, aut certius inductum est. Sic fiet, ut priores leges ad posteriores trahantur, ab his interpretationem accepturæ, ut jure præcipitur. *L. non est novum, L. ideo seq. D. de legib.* Denique hoc ipsum dictat regula juris, in toto jure generi per speciem derogari. *L. in toto iure, D. de reg. jur.*

VII. Tertia caussa removendi fratris est etiam tunc, cum turpis persona instituta est, si sit servus defuncti, idemque ita institutus, ut sit domino heres solus, & necessarius. *d. L. fratres, in fin. C. de inoff. test.*

VIII. Quarta caussa fratrem summovet, quamvis nec ingratum, & turpi, nec necessario herede instituto, si fratri objici possit, hunc cum herede instituto eadem turpitudine, aut majore laborare. Non enim jus concedit cuiquam eos mores in alio accusare, quos in se approbarit, ut si, infami persona herede instituta, sit & ipse frater eodem modo infamis. *L. in arenam, C. de inoff. test. L. cum mulier, D. sol. matr.*

IX. Postremo, ut sit vir honestus, nec ingratus frater; ut turpis persona sit instituta, omnem querelam fratris excludit, si quid ei relictum sit testamento fratris, quocunque titulo relictum proponatur. Nam, si fratri legitima portio tota relicta est, sine controversia frater secure testatur. Hoc enim olim jus erat, ut ad omnem inofficiosi testamenti querelam excludendam sufficeret portio legitima, sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi, vel donationis mortis caussa data esset, vel etiam inter vivos. *§. ultim. Institut. de inoffic. testam. L. Papinianus, §. si quis mortis, Instit. eod.* Hoc jus mutatum a Justiniano in parentibus, & liberis, qui ab his exegit, ut parentes liberos suos, liberi parentes instituerent. *Novell. Ut cum de app. cogn. §. aliud quoque, §. justum, & §. hæc autem.* In fratribus ea constitutione nihil innovatum. Unde & in his jus superius manere, intelligendum est. *d. L. præcipimus, in fin. C. de app.* Quod si fratri tota legitima relicta non sit: olim de inofficioso agi posset: *d. L. Papinianus, §. si quis mortis, §. quoniam, D. de inoffic. testamen.* hodie valet nihilominus testamentum ex constitutione Justiniani, & agitur ad supplendum id, quod deest legitimæ. *L. omnimodo, C. de inoffic. testamen.* Est autem & in fratribus legitima portio, seu portio his lege debita, olim quarta ejus,

quod frater, intestato fratre, habiturus esset in bonis defuncti: *d. L. Papinianus*, §. *si quis mortis eod.* Nunc trieos, constituta generaliter a Justiniano omnibus, qui de inofficioso queri possunt. *Novell. de trient. & semiss.* §. 1. Quod si nihil istorum erit, quod fratrem removeat: potest is præteritus, aut immerito exheredatus de testamento fratris queri. Qua querela perlata testamentum rescindetur.

X. Et in summa, si quæritur, quando frater contra testamentum fratris admittatur, ita definiemus: sic eum admitti, si, cum esset consanguineus, non turpis, nec ingratus adversus fratrem, silentio præteritus sit a fratre, aut nullis justis de caussis exheres esse jussus, turpi persona, nec necessaria, instituta. *Si consanguineus.* Uterini fratrum testamenta non turbant. *Non turpis.* Turpem heredem institutum non juste repulerit frater, qui eadem turpitudine laboret. *Non ingratus.* Ingratitudinis caussæ superiores quosvis fratres excludunt. *Turpi persona herede instituta*: ut intelligatur, quamvis cætera concurrant, non tamen prius fratrem testamentum fratris infirmare posse: quam si hoc accesserit, ut turpis persona esset heredis instituti. *d. L. fratres, Cod. de inoffic. testament.* Ubi turpem intelligi volumus, qualis describitur in *d. L. fratres*, quæ vel *infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspergatur. Infamiæ macula* est in iis, qui jure notantur infamia ex iis caussis, quales comprehensæ sunt edicto in *L. 1. D. de his, qui not. infam. Turpitudinis macula* sine infamia juris est in iis, qui ob delictum plectuntur extra eas caussas, quæ jure infamiam irrogant, veluti si quis aliis de caussis relegetur; si ordine moveatur; si cædatur fustibus. *L. cognitionum.* versic. *monitur, D. de extr. cogn. L. capitalium, in princip. D. de pœn.* Hic dicimus turpitudinem esse sine infamia, quia neque ictus fustium, neque ulla alia pœna infamiam importat; sed caussa, propter quam quis plectitur, si ea fuit, quæ damnato infamiam irroget. *L. ictus, D. de his, qui not. infam.* Turpe tamen, & non minus hominum opinione probrosum has pœnas ob delictum pati. *Levis notæ macula* est in iis, a quibus infamia juris, & pœna abest: qui tamen ea admiserunt, ex quibus vel in ipsis, si damnarentur, vel in aliis infamia sequeretur. Ut puta, furti, aut vi bonorum raptorum damnatus, infamis est. *L. 1.* versic. *qui furti, D. de his, qui not. infam.* Dicemus, eum, qui hæc admiserit; etiamsi damnatus non sit, apud bonos, & graves viros notatum esse. Neque enim damnatio ad delictum quidquam adjicit. Sed etsi quis damnetur de dolo, & fraude suo nomine, infamis est: si per procuratorem, verbis edicti infamis non habetur. *L. furti*, §. 1. *de his, qui not. infam.* Enimvero, si rem spectamus, procuratoria actio infamiam delicti non mutat. Ideo recte Julianus, licet verbis edicti non sint infames ita condemnati: re tamen ipsa, & opinione hominum [a] non effugere eos, ait, infamiæ notam. *L. 2. D. de obsequ.* In hoc numero habentur nominatim in *d. L. fratres, C. de inoffic. testam.* liberti a fratre heredes instituti, qui, ut lex loquitur, *perperam, & non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti* sunt, id est, qui perperam, nec bene meriti sunt de patrono suo, quique non sunt eum prosecuti maximis beneficiis, cum possent. In summa male meriti liberti de patronis, etsi ea non admiserunt, propter quæ ingrati judicari debeant, & in servitutem redigi juxta. *L. 2. 3. 4. Cod. de libert. & eor. lib.* In quo inest non infamia juris, non turpitudo infamiæ proxima; sed tamen levis saltem nota ingratitudinis indigna viro bono. Adjeci, *non necessario herede instituto*, quia & hoc nominatim excipitur in *d. L. fratres*; ut quamvis proponas, servum esse scenicum, aut arenarium: tamen, eo instituto ita, ut sit heres necessarius, frater excluditur. Cum superiora concurrent, admittitur frater adversus testamentum fratris, & rescinditur testamentum. Proposita ad eam rem fratri querela inofficiosi testamenti, sive præteritus erit, sive non justis de caussis exheredatus. *d. L. fratres, L. 1. D. eod.*

XI.

a) An & spurii? Hos infamia facti non laborare contendunt. Hartm. Pist. *Lib. 1. Quæst. 30. num. 26. & seqq.* Toming. *Decis.* 48. *n.* 26. *& seqq.* Cujus rationes hæ 1. Recte facta honore, prave ignominia digna: quæ videlicet in nostra potestate. In spurii potestate non est ut sic nascatur. Ergo nativitas vitio ei verti nequit, non magis quam muto, cæco, &c. 2. Infamia est pœna, cui sine culpa locus nullus. 3. Quia ob ipsis incunabulis infames essent, & punirentur spurii, quoad LL. crudele videtur *b. 5z. § 1. C. de inoff.* 4. Patris lebt tum filio pœnæ esse non debet, text. vulgaris. 5. Spurii quoad naturam a legitimis non differunt *Nov. 89.* 6. [illegible] vitii spuriis vitio non dant, in quo nulla certe culpa: Imperitæ autem plebeculæ judicium insuper habendum. 7. Nunquam locus pœnæ nisi LL. diserte sanciatur. 8. Spurii ad honorem decurionum vehi possunt *L. 3. § 2. L. 6. pr. de decurion.* Contra post alios P. Heig *P. 1. Q.* 22. Quidam distinguunt inter spurium vitæ probatæ, & minus probatæ Alvar. Valasc. *Tomo 1. Consult.* 47. Ut ut sit, negari non potest, saltem levis notæ maculam his ipsis adhærere, quæ non quidem ex facto aliquo sic nascentium, ceu pœna, sed ex vero ac detesto natalium, quæ ut Plutar. *de Ingen. Lib. educ.* per omnem vitam opprobria comitantur, quæ elui nullo modo possint. Unde animi spiritus ponere, & humi repere solent.

XI. Vis hujus rescissionis eadem, quam in superioribus personis ex iisdem caussis esse diximus, ut scilicet ex caussa præteritionis, aut injustæ exheredationis fratris rescisso testamento, institutiones tantum irritæ sint; cætera testamento cauta firma maneant. Nihil quidem nominatim de eo cautum in testamento fratrum *Novell. Ut cum de app. cogn.* Tantum jus constitutum est de testamentis parentum, & liberorum, si ex superioribus caussis irrita sint. Sed quod adversus horum testamenta ex superioribus caussis valet: multo [3] magis ex iisdem caussis adversus testamenta fratrum servandum est. Multo enim major, & arctior conjunctio est, quæ filios ad successionem parentum, parentes ad successionem liberorum admittat: quam quæ fratres ad successionem fratrum. Quod si illa non tanti est, quin, ex caussa præteritionis, vel exheredationis rescisso testamento, legata, & fideicommissa debeantur: multo minus inter fratres tantum valere debebit, ut penitus rescindat testamentum; nec legata, & cætera ex eo testamento valeant. Ita est juris regula, & æquitas, ut in quibus eadem, aut minor conjunctionis ad successionem ratio est: in his idem statui oportet. *L. illud, D. ad Leg. Aquil.*

3) Diss. cum communi Vasq. *Lib. 1. de Success. Creat.* §. 10. *n.* 581. *& seq.* quia in correctoriis extensio nec ex majoritate rationis facienda, &c. & Claud. de Battand. *Tr. Legitimæ C.* 9. *n.* 12. quibus occurrit Anton. Cucch. *Tr. de Legitima* §. *Quæri etiam potest ult. n.* 8

C A P. X V I.

Quibus modis testamenta infirmentur.

I. QUæ de persona testantis, de testandi modo, de rebus, quas testamento caveri oporteat, hucusque diximus: omnia ad vim testamenti statuendam

dam spectant, seu ut efficiatur justum testamentum id, de quo quærimus. Quod & ipsum ad potestatem deferendæ hereditatis refertur, de qua potestate instituta nobis oratio est ex hoc initio. Posuimus enim supra, hereditatem defuncti ad nos non pertinere, nisi delatam; non deferri, nisi ab eo, cui deferendi potestas est; deferendi potestatem sic esse in his, de quorum bonis agitur, ut directo hanc deferre non possint, nisi testamento; nec quovis testamento, sed tantum justo; justum ab initio fieri, in quo tria hæc recte concurrant, persona testantis, testandi modus, res, quas testamento adjici, jus jubet. Atque ea sunt, quæ ad vim testamenti pertinentia hactenus exposuimus. Ex quibus intelligitur, si ex his, quæ in unoquoque genere exegimus, quid desit; justum testamentum non esse; non id, ex quo ad institutos heredes venire possit hereditas. Sin concurrant ab initio omnia: jure hoc evenire, ut ab initio testamentum consistat. Nondum tamen per omnia justum id, ex quo deferri possit hereditas. Non satis est ab initio jure valere, nisi & tale ad extremum perseveret. Multis autem modis jure fit, ut infirmetur; totidemque accidit, ut, quemadmodum justum testamentum non est, sic nec possit ex eo deferri hereditas. Quare ad quæstionem justi testamenti, itemque ad potestatem deferendæ testamento hereditatis omnino pertinet hoc loco ordine quæri, quibus modis testamenta infirmentur, quoniam, si quid ex his incidit, testamentum justum non est: si nihil incidit, justum efficitur omni ex parte, id, quod quærimus ad potestatem hereditatis deferendæ. Ideo hic ordo, atque contextus rerum ad vim testamenti recte observatus est in Pandectis, ubi hos Titulos continenter observare possumus, primum, *Qui testamenta facere possint*, *& quemadmodum testamenta fiant*, in quo est de testantia persona, & testandi modo: alterum *de liberis*, *& postumis heredibus instituendis*, in quo pars est eorum, quæ testamento caveri oportet: tertium *de injusto*, *rupto*, *& irrito facto testamento*, quibus in rebus consistunt modi testamentorum infirmandorum: quartum *de his*, *quæ in testamento delentur*, quo loco continentur hujus infirmationis species. Quo ordine & ductu naturæ admoniti, idem hic sequi instituimus. In his modis multa genera prætermissa sunt iis Titulis, quibus hoc argumentum nobis traditum est ex veterum divisione, cum in Institutionibus sub Tit. *Quib. mod. test. inf.* tum in Pandectis Tit. *de injust rupt. & irr. fact. test.* credo, dum veteres sibi propositum habent eos modos persequi, quibus jure ipso, & civili, manentibus integris tabulis, testamentum irritum fit. Nos genera omnia, quibus testamenta infirmantur, uno in loco, & semel complecti, melius, & ad absolvendum id, quod instituitur, aptius putamus. Quod ut consequi liceat, divisione ad eam rem quam fieri poterit, accommodatissima utemur.

II. Testamentum jure ab initio ita factum, ut consistat, eventu [1] infirmari potest. Infirmandi ratio summa duplex. Nam & volente testatore infirmari potest, & potest invito. Utrumque genus ejusmodi quorum unumquodque cum propriis, & distinctis modis efficiatur: diligenter unum ab altero distinguendum, & separatim tractandum sit.

III. In voluntate testatoris hoc primum statuendum est: voluntate testatoris nuda [2] nunquam testamentum infirmari, quantumvis ille testato dixerit, se testamentum, quod fecit, valere nolle. §. *ex eo autem*, *Inst. quib. mod. test. inf.* Idque consentaneum est regulæ juris, qua generaliter traditur, quibus quidque modis constituitur, iisdem & solvi in contrarium actia. *L. nihil tam naturale*, *L. fere*, *D. de reg. jur.* Nuda voluntate non constituitur testamentum §. *ult. Inst. quibus mod. test. inf.* Proinde nec nuda voluntate tolletur. Non adversatur, quod dicitur, ambulatoriam esse voluntatem defuncti usque ad vitæ supremum exitum. *L. 4. D. de ad. leg.* Sane enim ambulatoria est, ut possit quovis tempore prior voluntas a testatore revocari, ut mox dicetur: sed, dum revocetur legitime, id est quomodo jure oportet. Nam quod secus fit, pro infecto est. *L. quoties*, *D. qui sat. cog.* Tunc voluntate contraria infringitur testamentum, cum ad voluntatem, quod satis sit, accesserit. Hoc modo testamentum abscindi potest & un-

1) Cujac. *in L. 1. hoc tit.* Vitia, ait, testamentorum 4. *Non jure factum*, cui solemnia desunt: *Nullum*, ob præteritionem sui; *Ruptum*, agnatione. *&* *irritum*, capitis deminutione; defectu heredis; tempore. Idem 3 *ad Afric.* in *L. 6. de fals.* addit, *imperfectum*, quod non est signatum septem testium signis, *d. L. 6. de fals. L. 21. in fin. pr. Cod. de Testam.* Interdum tamen, *imperfectum*, generatim pro quovis vitioso *L. 1. §. 5. de tabb. exhib. L. 12. § 1. contra tabb.*

2) Frustra enim requireretur in conficiendis testamentis tanta solemnitas, si duobus testibus mutatio voluntatis probari posset. Vid. Moller. 3 *Semestr.* 21. Fachin. 4. *Controv.* S. Dim. Connan. 9. *Comm.* 7. n. 3. & 4.

Digitized by Google

& mutatis tabulis testamenti, & his integris manentibus.

IV. Mutatis [3] tabulis, seu mutato instrumento testamenti, testamentum tollitur tribus modis: rescissione tabularum, resignatione, deletione. Rescissione, si testator tabulas ipsas incidit, rupit, fregit. *L. pen. C. de testam. L. pen. §. ult. D. de bon. poss. secund. tab. L. 1. §. sed consulto, D. de iis, quæ in test. del. L. ult. D. de injust. rupt.* Resignatione, si testator testamentum resignavit, id est signa amovit, aut turbavit, quantumvis per se conatus sit reponere postea. *d. L. penult. C. de testam. L. si testamentum, L. ad testium, §. si signa, D. qui testament. fac. poss.* Deletione, si ipse testamentum induxit aut obliterando scripturam, aut [4] cancellando, id est ductis lineis in formam cancellorum inducendo. *d. L. 1. §. sed consulto, L. 2. in princip. de his, quæ in testament. del. L. 1. §. si heres, D. si tab. testam. null. exst.* Quippe his modis naturaliter testamentum tollitur, sublatis iis rebus, quibus stabat, materia, signis testium, & scriptura, & juxta regulam, rebus in contrarium actis. *d. L. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Sed hæc, inquam, ita, si testator fecit, aut voluntate ejus alius. Si quid horum casu contigerit, vel ignorante, vel invito testatore: non eo minus ratum manet testamentum, & heredes ad hereditatem vocantur. *d. L. pen. C. de testam. L. 1. §. sed consulto, D. de his, quæ in test. del.*

V. Integris tabulis testamenti manentibus testamentum voluntate testatoris tollitur aut alio testamento [5] postea facto: aut simplici quidem revocatione voluntatis; sed quam idonea testatio, & diuturna in ea revocatione permansio confirmavit.

VI. Alio testamento postea facto prius tollitur, &, ut est verbum juris in hac specie usitatum, rumpitur, si posterius jure perfectum sit. *L. 1. L. 2. D. de inj*ust. rupt.* Sic enim fit, ut voluntas prior voluntate contraria, & in contrarium acta tollatur ex eadem regula. Jure perfectum intelligitur, in quo ita heres scriptus est, ut aliquo casu possit exsistere heres. *L. 1. D. eod.* Idque etiam si casu non exstiterit. Quod quale sit, declaratur in *§. posteriore, & seq. Inst. quib. mod. test. inf.*

VII. Imperfecto testamento posteriore prius non tollitur, *§. ex eo autem Inst. eod.* quoniam imperfectum jure non magis valet, quam si testamentum non esset. *L. hac consultissima, §. ex imperfecto, L. 3. C. de testam.* Quod tamen non est perpetuum. Interdum posteriore testamento imperfecto, prius, etiam quod jure valet, rumpitur. Quod vel propter prius testamentum contingit, vel solum propter posterius.

VIII. Propter prius, si & ipsum imperfectum est. Imperfectum prius, quamvis jure singulari valeat, imperfecto quovis posteriore, etiam quod nullo jure valuit, tollitur. Ut puta: militia missus testamentum facere cœpit, neque perficere potuit. Id non valere; constat. *§. sed hactenus, Inst. de exh. lib. d. L. 3. L. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* Placet tamen, isto modo solutum esse testamentum, quod idem prius in militia fecerat, si jure tantum militiæ fuit scriptum. *L. ejus, §. 1. D. de test. mil.* Atqui prius istud optimo jure valuit. *L. 1. D. eod.* Sed nihilominus fuit imperfectum, alioqui non fuisset opus id confirmari privilegio, quod tamen hic, & singulare datum est. *§. plane, Inst. eod. L. 2. D. eod.* Imperfectum imperfecto facilius tollitur, nempe re simili acta in contrarium.

IX. Exceptum est Novella constitutione Justiniani testamentum patris factum inter liberos. Id, licet imperfectum, non minus valet, quam quod factum est jure militari. *d. L. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* Sed non similiter alio testamento imperfecto patris tolli placet

3) Duaren. *ad h. Tit. D. Cap.* 5. distinguit: Si in ipsa confectione, antequam perficiatur testamentum, quid deleatur consulto, pro non scripto est; sin inconsulto, valet si legi potest *L. 1. pr. §. 1. & 2. de his qui intest. del.* Sin post perfectum elogium consulto quid inductum vel cancellatum, tum qui ex eo petit, repellitur exceptione *d. L. 1. §. 3.* vid. & Danth. *ad L. 21. hoc tit. n. 15. & seqq.*

4) In dubio vero si apud testatorem sit testamentum, cancellatio ab eo facta præsumitur. Si autem apud alium, ab eo apud quem, per *L. majorem 44.* ubi *Gl. Cod. de fids.* Tutius autem si testator, ut omnis tollatur præsumptio, in fine testamenti scribat, se lituras fecisse *L. 1. §. 1. de his quæ in test. de L.* Lorich. *de Jur. arte Tr. 12. Tit. 5. de his, quæ in testam. del. Axiom. 3.*

5) Quid si juraverit, se nolle prius testamentum revocare? Non obstat: vid. Fachin. 4 *Controv.* 8. Carell. Cotta in *Memorab. v. testatorem*, Cl. de Battand. *Tr. Legitima* in *præfat. n.* 10. A. Fab. 14. *de Err. Pragmat.* 1. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. remiat. §. 1. n.* 11. Jo. Danth. *de testam. n.* 89. *& seq.* Potest autem & scriptum testamentum Nuncupativo, & Nuncupativum solemni scriptura revocari, vid. God. *ad L. 64. de V. S. n. 9. & 10.* Quid si quis prioris testamenti oblitus, aliud condat? Quæris Modest. Pist. *P. 1. Q. 17.* nec decidit. Recte autem puto, ait Jac. Schulz. *in Additionib. ibid.* quia licet, scivisset: tamen id ei impedimento esse non potuit; nec sibi legem quis dicere potest, a qua non recedat *L. 22. de Leg. 3. &c.* Dissent. A. Fab. 68. *de Err. Pragm.* 2. Et credibile est, quod si recordatus esset prioris voluntatis, illam revocaturus fuisset.

Digitized by Google

placet: verum eo tantum, quod jure perfectum sit. *Auth. hoc inter*, *C. de testam.* Favore id quidem liberorum, ne quid videlicet pater adversus liberos recenti voluntate, nisi perpenso judicio, durius statuat, eis adimendo, quod prius dederat.

X. Propter imperfectum testamentum posterius tollitur prius, cum prius jure communi perfectum est, & caussa infirmandi prioris solum est in posteriore, quamvis imperfecto. Quod interdum contingit. Id autem, ut præstet posterius, duobus generibus posteriorum testamentorum tributum est. Unum est eorum, quæ, etsi imperfecta sint, jure tamen valent: alterum eorum, in quibus scripti sunt heredes, qui ab intestato quoque vocabantur.

XI. Si posterius testamentum ita imperfectum sit, ut nihilominus valeat, ut fit, cum valet jure singulari: etiam eo prius, quamvis perfectum, rescinditur. Idque est, quod placet, prius testamentum rumpi, si vel posterius jure militari factum sit. *L. 2. D. de injust. rupt. L. ejus*, *§. ultim. D. de testam. mil.* Et recte. Satis enim jura habetur pro perfecto, quod jure æque, ac perfectum, valet. Proinde idem dicemus, etsi pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos: rescindi nimirum & hic prius testamentum, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, quia & ipsum jure valeat non minus, quam quod factum est ex privilegio militum. *D. L. hac consultissima*, *§. ex imperfecto*, *C. de testament.*

XII. Sed etsi posterius testamentum jure non valeat, si tamen eo scriptus sit heres, qui ab intestato venire potest: acriptum est in *L. 2. D. de injust. rupt.* etiam hoc non perfecto superius rumpi. Sed adjiciemus duas has conditiones ex *d. L. hac consultissima*, *§. si quis autem*, *Cod. de testament.* Si modo & priore tetamento ii scripti sint, qui ab intestato non vocabantur; & in posteriore intervenerint non minus, quam quinque testes, qui postea jurati testimonium dicent. Plus videlicet tribuitur iis heredibus, in quos duplicia jura concurrunt, & voluntatis testatoris, & proximitatis sanguinis. Sed vis posterioris hujus testamenti hic notanda, quod & supra monuimus in modo testandi. Cavetur enim superiora constitutione, hactenus valere posteriorem istam scripturam, ut infirmetur prius testamentum. Cæterum secunda voluntas non quasi testamentum, sed quasi voluntas intestati, valeat. Quod eo pertinere ibidem admonui, ut intelligatur, hereditatem ex eo testamento non deferri: ideo, si alii heredes eo testamento instituti sint, pro non institutis habendos, quoniam hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest. *§. codicillis*, *Inst. de codicill.*

XIII. Meminerimus autem, quocunque modo ex his testamentum prius factum testamento posteriore rescindi dicimus, hoc dicere nos, testamentum prius alio testamento rumpi, ut est in *L. 1. D. de injust. rupt.* Recte alio. Nam, si quis ejusdem testamenti alias tabulas, seu alia instrumenta postea conficienda curaverit, iisdem solemnibus juris adhibitis: & priores scripturæ, & posteriores valent, quoniam unius testamenti plura exempla sunt; non alia atque alia testamenta. Et sæpe pluribus instrumentis ita scriptum testamentum habere expedit vel ut peregre proficiscens aliud tecum feras, alia domi relinquas: vel ut, cum pluribus locis disposita erunt, facilius consiatere possit testamentum adversus futuros casus, quia non omnia exempla eodem casu perire possunt. *L. unum*, *D. qui test. fac. poss. §. pen. Inst. de test. ord.*

XIV. Etiam sine alio testamento posteriore, sola voluntatis revocatione prius testamentum rumpi placet: sed si hæc concurrant, ut [6] & testator coram testibus non minus, quam tribus, aut apud acta alicujus judicis testatus sit, se nolle, testamentum quod fecit, valere; & ex illo decennium intercesserit, ut voluntas posterior & testatione idonea, & tam longo tempore confirmetur. Effectum hoc constitutione Justiniani *L. sancimus*, *C. de testam.*

XV. His ergo modis, si quis testamentum valere non vult, quod prius fecerat, ab eo recedere, & id rescindere potest; non aliter. Sed potest, & invito testatore, testamentum ejus infirmari. Quod ut fiat, duarum caussarum accidit ex altera: aut vitio interno ipsius testamenti, aut externo aliquo casu heredem testatori auferante sine ullo vitio testamenti.

XVI. Vitium testamenti interius hujus ipsius testamenti rescissionem adferens est

6) Requiruntur hæc duo conjunctim Duar. *ad Tit. D. de testam. C. ult. f.* 333. Cujac. tamen *in L. 2. h. t.* Olim decennio solo irritum fuisse testamentum ex *L. 6. C. Th. de test.* De computatione hujus decennii dissensio est, de qua vid. P. Greg. 44. *Synt.* 1. *n.* 7. Don. noster *ad d. L.* 27. *C. h. t.* vid. & Vasq. *Lib.* 1. *de Success. resolut.* §. 2. Dauch. *ad L.* 22. *h. t. n.* 11.

est præteritio, vel immerita exheredatio eorum, qui jure institui, aut juste exheredari debuerunt; vel quibus quid debuit aliter relinqui. Quo in genere, qui heredes præteriri non debeant, aut debeant jure exheredari; quæque sit, his præteritis, vel injuste exheredatis, ad infirmandum testamentum pœna, satis supra separatim diximus, cum in liberis defuncti primum, tum deinde in parentibus, tertio loco in fratribus. Tantum quod necesse sit de his loco moneri, id breviter adjiciam, quia pertineat scilicet & ad comprehensionem, certiorem, connexionemque eorum modorum, quibus testamenta infirmantur, quos nunc omnes complecti, & uno loco proponere instituimus: pertineat etiam ad intelligenda ea, quæ de hac specie infirmandi testamenti tradita sunt a veteribus in hoc argumento.

XVII. Quod igitur animadvertere liceat ex his, quæ de præteritionis, vel injustæ exheredationis pœna in singulis personis superioribus diximus, universa ratio infirmandi ex his vitiis testamenti redit ad hanc summam: ut ex his caussis testamentum partim rumpatur ipso jure; partim præteritorum, aut exheredatorum facto rescindatur.

XVIII. Rumpitur ipso jure in solis liberis suis heredibus. Contingitque id dupliciter; aut agnatione sui heredis, aut quasi agnatione. *L. 1. D. de injust. rupt. Inst. quib. mod. testam. inf.* Agnatio est, cum is ex liberis, qui nondum natus erat, cum testamentum fit, qui si nasceretur, suus heres nasciturus esset, præteritus est testamento; deinde nascitur vel vivo testatore, vel mortuo, puta [7] filius postumus, aut [8] postumus nepos, cujus pater jam ante obierat. Sic enim ille patri, hic avo agnascitur suus heres. *§. postumi, Inst. de exhi lib. L. 3. §. 5. D. de injust. rupt.* Unde *agnasci* dictus eo, quod ad familiam, id est juxta familiam, seu juxta eos, qui sunt in ejusdem patris familia, & potestate, nascitur. Quasi agnatio sui heredis aut successione in locum priorum suorum heredum contingit; aut [9] adoptione. Successione, cum nepos tempore testamenti, aviti jam natus, idemque subjectus potestati avitæ; quem tamen pater (& ipse filiusfamilias) eodem tempore gradu præcedit, præteritus est testamento avi; deinde, vivo avo, filius moritur. Filio namque ita mortuo, nepos quidem non nascitur avo, utpote jam ante natus: sed succedens in locum filii sui heredis ex lege Velleja, efficitur avo suus heres quasi illi recens natus: & simul rumpit testamentum. *L. postumorum, D. de injust. rupt. §. postumorum, Inst. de exh. lib.* Adoptione, cum testator post testamentum factum, aliquem sibi arrogat; aut, cum parens naturalis esset, adoptat. Sic enim filius adoptivus incipit esse in potestate adoptivi patris; & si gradu primo est, suus heres adoptivo patri

7) Vult. *in §. 1. I. hoc tit.* n. 8. statuit hodie agnatione postumi, non rumpi testamentum, sed præteritum id nullum dicere, per §. 5. *I. de exherad. L. 4. C. de lib. præt.* ut nec ruptione opus sit; immo nec rumpi possit, utpote quod non sit, & ibid. *n. 6.* scribit nunc unicum modum agnationis, qui rumpat testamentum, superesse, adoptionem. Ceteros, de quibus Ulp. *Tit. 23. §. 3.* sublatos esse. Sed rectius differentiam inter filium natum præteritum, & postumum agnoscit, Duar. *h. t. c. 3.* Quia textus sic distinguentes *L. 2. & L. 3. §. 3. h. t.* non abrogati. Et ut Mot. *§. 1. I. de exher.* præterito postumo ab initio, valet testamentum, idcirco, quia qui in utero, proprie homo non est, *L. 9. ad L. Falc.* sed spes animantis *L. 1. de mort. infer.* Et dubium est tempore testamenti an nasciturus postumus. Potest enim uxor abortire, monstrosum partum edere: vel ante partum mori. Quia igitur spes est aliquo casu valiturum testamentum, in dubio sustinendum est, favore ultimarum elogiorum. Vigl. *in §. postumi I. de exhe.* n. 2. Alex. Piccnard. *ad rub. I. de exher. pag.* 73. Et textus *in d. §. 1. I. de exher.* loquitur in præsenti: postumo præterito, valet testamentum, non dicit *valebat.* Est autem & hæc differentia inter præteritionem nati, & nascituri: Filius natus præteritus in primo gradu, & in secundo exheredatus, primum duntaxat gradum injustum facit, supr. C. *XII.* n. 10. nec sibi locum aperit, sed secundo gradui, & substituto. Postumus autem in primo gradu præteritus, licet in sequentibus institutus, vel exheredatus sit, totum testamentum rumpit, sibique locum facit *L. 5. vers. rumpendo h. T.* Ratio differentiæ. Cum primus gradus rumpitur, a postumo intercedit factum rumpentis, hoc ipso quod nascitur. Absurdum autem est, suo facto alii locum facere, quam sibi. Cum autem primus gradus ob præteritionem jam nati injustus, non tam filii factum significamus, quam legis vim, & potestatem, quæ eum gradum valere non sinit, odio præteritionis. Ratenus igitur nullus, quatenus filius præteritus est. Ita A. Fab. 8. *Conject.* 20. quomodo fere & ante eum Alex. Trentacinq. *de Substitut. P. 1. C. 10. n. 4.* hic non mero jure, sed mediante facto, id est, nativitate postumi rumpi. Quare si antequam nascatur, ex alia causa primus gradus infirmetur, natus postea non rumpet secundum gradum, a quo rite exheredatus. *L. 1. §. 7. de ventre in poss. mitt.* Cujac. 4. *ad Afric. ad L. 14. de lib. & postum.* sic: Postumus rumpendo sibi ab intestato locum facit, ac repellit institutum agnatione, substitutum occupatione, quia eum in hereditate prævenit. Contra, Filio jam nato præterito, non rescinditur institutio: sed ab initio nulla, atque ideo testamentum a substitutione capit initium.

8) Et ita quorum jam natorum præteritio olim non infirmabat testamentum, ut filiæ, & nepotis *pr. I. de exher.* eorum tamen agnatio rumpebat §. 1. *I. d. t.* Ratio differentiæ. Præteritio filiæ vel nepotis nati, & cogniti, argumentum erat taciti exheredationis. Incogniti non æque. Testator enim censetur ignorasse conceptum, nec LL. de cujusquam alieniore in liberos animo immitius suspicantur. Hot. *in d. §. 1. I. de exher.*

9) Etiam filiæ *d. L. 8. pr.* Miratur Hotom. *in §. 1. adoptivi 4.* (ipsi 5.) *I. de exher.* sic filiæ adoptivæ potius jus esse, quam naturali, cujus præteritio jure veteri non infirmabat testamentum. Sed puto, hoc esse ex eadem ratione, ex qua filia postuma olim rumpebat, licet superstes nullum non faceret, ut *N. præc.* Et sic non adoptivæ conditio melior. Esset si post adoptionem præterita testamentum rumperet, quod non fit. Rumpit testamentum casus superveniens, qui tempore, quo id conditum, nondum extitit. Hinc consequens est, & legitimatione rumpi testamentum. Quæ sententia crebrius recepta, Forst. *Lib. 6. de Success. ab int. C. 37. n. 8.* Tessaur. *Decis.* 84. n. 1.

tri fieri, quasi naturali quadam agnatione. Unde & hac quoque veluti agnatione testamentum rumpitur, si is, qui adoptatus est, fuit præteritus. *Inst. quib. mod. test. inf. in pr. L. verum, D. de injust. rupt.*

XIX. Alieno facto testamentum ex iisdem præteritionis, & exheredationis caussis rescinditur duobus remediis, jure in eam rem constitutis, quibus in personis ea locum habent: bonorum possessione contra tabulas, & querela inofficiosi testamenti, de quibus item superioribus Capitibus diximus. Summa, quæ hoc loco tenenda sit, hæc est. Liberis emancipatis præteritis bonorum possessio contra tabulas proposita est edicto prætoris; & his solis, quod quidem necesse sit ad testamentum infirmandum. Nam hi alioqui jure civili non admittuntur. *§. emancipatos, Inst. de exh. lib.* Proposita quidem liberis omnibus præteritis, etiam suis heredibus: *§. eadem Inst. de her. quæ ab int. def. L. maximum, §. sancimus, C. de lib. præt.* sed his posterioribus non necessaria, cum & ipso jure testamentum evertant, ut est in *d. L. maximum, §. sancimus.* Querela inofficiosi testamenti proposita & præteritis necessariis personis, & exheredatis, quas modo præterire, aut immerito exheredare non licet, liberis, parentibus, fratribus: sed exheredatis omnibus, tam liberis, etiam suis heredibus: quam parentibus, & fratribus (nam ne in liberis quidem hic quidquam de jure vetere immutari, supra ostendimus): præteritis autem non omnibus. Excipiendi enim sunt liberi præteriti. Neque tamen hi omnes: sed sui, & emancipati. Nam sui quidem ipso jure testamentum infirmant, aut petunt bonorum possessionem contra tabulas, ut ante dixi: emancipati autem vocantur solum ad bonorum possessionem contra tabulas. Quorum altero jure cum ad defuncti bona veniri potest, querela locum non habet, utpote ultimum & subsidiarium remedium. *§. tam autem Inst. de inoff. test. d. L. maximum*, illic, *nam cum ultimum, C. de lib. præt.* Cæteris liberis, qui nunquam in potestate defuncti fuerunt; parentibus autem generaliter omnibus; itemque fratribus, sive præteriti erunt, sive exheredati, ex utraque caussa pariter unica querela data inofficiosi testamenti, cum neque his præteritis, quamvis liberi sint, testamentum eo minus jure civili valeat; neque edicto prætoris his detur bonorum possessio contra tabulas. *§. ult. Inst. de exh. lib.* Ac de his separatim superioribus Capitibus ita diximus: ut doceremus, nihil in his generibus infirmandi testamenti immutasse Justinianum de jure priore in *Nov. Ut cum de app. cogn.* Atque etiam hoc loco istorum remediorum vis, & potestas ad infirmandum testamentum in memoriam revocanda est, quando de ea infirmatione nunc agitur. Eam autem vim in his remediis esse diximus: ut, sive liberi emancipati petierint bonorum possessionem contra tabulas; sive qui de inofficioso egerunt, ii querela obtinuerint, rescindatur testamentum defuncti non secus, quam si ipso jure, & sine facto cujusquam nullum esset, & similiter redeat res ad causam intestati, *L. non putavit, §. ult. D. de bon. poss. contr. tab. L. Papinianus, §. ult. D. de inoff. test. L. ut liberis, C. de collat.* dum semper ex utraque caussa, tam præteritionis, quam exheredationis, meminerimus, hoc exceptum Novella Justiniani, ut, quamvis ex his caussis institutiones irritæ sint, cætera tamen firma maneant. *Auth. ex caussa, C. de lib. præt. vel exh.* Neque hic quidquam interest, utrum ex his caussis testamentum ipso jure non valeat, ut accidit statim, suis heredibus jam natis præteritis; postea autem per agnationem, aut quasi agnationem, postumis, vel qui postumorum loco sunt, præteritis: an vero rescindatur postea, liberis, aut parentibus postea id agentibus. Nihil enim excipit lex Justiniani: sed ex caussa præteritionis, & exheredationis, quicunque præteriti sint, aut exheredati, cætera rata esse jubet.

XX. Quorsum ergo laborare in eo, utrum testamentum ex his caussis nullum sit ipso jure, an superioribus remediis facto alieno rescindatur? Dixi supra, hoc referre, quod, cum testamentum ipso jure nullum est, numquam locus est scriptis heredibus, ut defuncto intestato mortuo, nisi qui scripti sunt, iidem possint & ab intestato rem obtinere. *L. filio, L. postumus*, illic, *idem & circa, D. de inoff. test.* At, ubi testamentum rescinditur bonorum possessione petita, aut perlata inofficiosi querela: ibi multis modis accidere, ut testamentum valeat, & hereditas pertineat ad scriptos heredes, remotis legitimis. Neutrum enim remedium competere, nisi admittentibus, & petentibus; idque intra certa tempora. Multis autem modis evenire, ne, quibus competit, hi id admittant; aut ita petant, ut oportet. Quibus modis præteritos, & exheredatos excludi necesse est; atque, his exclusis, testamentum manere.

XXI.

XXI. Casu quoque; [10] externo sine ullo vitio testamenti fit interdum, ut infirmetur testamentum, etiam invito testatore. Quod tunc evenit, cum is casus est, quo incidente, testamentum effectum habere non potest, adempto testatori herede, qui in ejus bona succedat. Quo casu in usu juris testamentum proprie *irritum* fieri dicitur, & recte. Ea enim *irrita* dicimus, in quibus omnia conati sumus, quibus opus est ad aliquid obtinendum; sed eventus conatui non respondit, ut proinde dicantur irriti fuisse conatus. Sic *irritum testamentum* recte dictum id, quod, rebus omnibus aliis integris, venit in eum locum, ut exitum habere non possit. Quod contingit, adempto herede, in cujus aditione, & existentia sita est vis, & effectus testamenti, ac sine eo testamentum fit inutile. *L. 1. in fi. D. de vulg.* Is casus aut a testatore est, aut ab herede. A testatore, cum is post testamentum factum capite minuitur. Ab herede, cum is deficit, vel quia nolit esse heres, vel quia non possit. Ita fit in summa, ut constituatur testamentum irritum duobus modis: aut capitis diminutione testatoris, aut heredis defectu.

XXII. Capitis minutione irritum fieri testamentum, constat. *d. §. alio, Inst. quib. mod. test. inf.* Neque hic quidquam interest, quæ sit capitis deminutio, dum ea, quæ testatori bona adimat. Fit irritum testamentum & maxima capitis deminutione, & media, & minima. Tot enim genera numerantur capitis deminutionis. *Inst. de capit. demin. L. ult. D. de cap. min.* Liceat nobis hoc loco has species paucis indicare. Tum id, quod dicimus, quam verum sit in singulis, intelligetur.

XXIII. Maxima capitis deminutio est, cum caput eximitur ex numero hominum damnatione: aut ex numero hominum liberorum servitute. Quod contingit damnatis morte, vel damnatione servis pœnæ effectis; vel iis, qui alio quo casu in servitutem rediguntur, ut accidit ingratis libertis, aut iis, qui se venundari passi sunt ad pretium participandum. §. 1. *Inst. de cap. demin.* Et totidem modis irritum fieri testamentum, declaratur in *L. 6. §. irritum, D. de injust.*

XXIV. Excepti ex hoc numero, qui capti sunt ab hostibus. Nam hi fiunt quidem servi hostium jure gentium, *L. adeo, in pr. D. de acq. rer. dom.* cujus juris habita ratione non male dici potest testamentum eorum irritum fieri, ut & Ulpianus irritum fieri ait in *d. L. 6. §. irritum, & §. quatenus, de injust. rupt.* cæterum jure civili irritum non fit: sed sic habetur, quasi semper valuisset. Sive enim capti redeant, valet testamentum jure postliminii: sive apud hostes decedant, valet ex lege Cornelia §. *ultim. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. d. L. 6. §. quatenus. de injust. rupt.* Utrunque ideo, quia utroque jure perinde sit, quasi testator nunquam captus esset. Postliminium fingit, eum, qui captus est, in civitate semper fuisse. §. *si ab hostibus, Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.* Lex Cornelia testamentaria statum eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmat, ac si hi in hostium potestatem non pervenissent, atque ita, quasi tum primum, cum caperentur, decessissent. *L. Lege Cornelia, D. qui test. fac. poss. L. Lex Cornelia, D. de vulg. L. bona, D. de capt.*

XXV. Media seu minor capitis deminutio est, cum quis, libertate salva, civitatem amisit, ut sic caput eximatur ex numero non hominum liberorum, sed civium Romanorum. Quod contingebat olim iis, quibus aqua, & igni interdictum erat: hodie deportatis in insulam, postquam deportatio in locum superioris interdictionis successit. §. *minor, Instit. de cap. demin. L. 2. §. 1. D. de pœn. §. cum autem, Inst. quib. mod. jus patr. potest. solv.* Etiam hoc modo irritum fieri testamentum traditur in *d. L. 6. §. ejus, qui de injust. rupt.* ubi usque ad §. *penult.* multis declaratur, quando, & quomodo quis pro deportato sit habendus. Adde *L. 1. §. si quibus, D. de legat. 3.*

XXVI. Minima capitis diminutio est, cum, libertate, & civitate integra, eximitur caput ex familia, & in aliam familiam transit. *d. L. ultim. de cap. min.* Quod contingit iis, qui, cum sui juris essent, se arrogandos dederunt, atque ita arrogatione cœperunt alieno juri esse subjecti. §. *minima, Instit. de capit. demin.* Nec minus hoc modo testamentum fit irritum. *L. penult. §. ultim. D. de bon. possess. secund. tab. §. non tamen, in fin. Instit. quib. mod. testament. infirm.*

XXVII. Cur ergo his modis capitis diminutionis testamentum fit irritum? Quia qui his modis capite minutus est, bona habere desinit in sua potestate. Qua ademptione fit, ut non possit habere heredem in his, quæ non habet; aut non pos-

sit

10) Ubi vitium superveniens non incurrit in ipsum testamentum, sed in personam testatoris: vid. A. Fab. 6.. Conject. l. 18

sit ex testamento. De servis constat, quia servi nihil suum habere possunt. §. *item vobis, Instit. per quas person. nob. acquir.* De his, qui capitali judicio damnati sunt, quorum pœna mors, aut deportatio est, *L.* 2. *D. de public. judic.* jus vetus certum, hac damnatione bona publicari. *L.* 1. *D. de bon. damn. L. ejus*, §. 1. *D. qui testam. fac. poss.*

XXVIII. Etsi autem Justinianus *Novell.* 134. *Ut nulli judic. lic. hab. loc. serv.* §. *ultim.* ita constituit, ut istorum bona liberi eorum, aut parentes obtineant; non autem adversus hos fisco vindicentur: non tamen id efficit hæc constitutio, ne non sit semper superiorum [11] irritum testamentum. Nam in his, qui liberos, & parentes non habent, etiam post superiorem constitutionem manet jus vetus, ut eorum damnatione bona publicentur. In his autem, qui aut liberos, aut parentes habent, vult quidem Justinianus, eorum bona non vindicari fisco: sed, cum jubeat, ea a liberis, aut parentibus obtineri, simul adimit damnato liberam de his testandi, & aliis relinquendi potestatem. Proinde & testamentum, quo quid jam ante aliis relictum est, irritum esse jubet.

XXIX. Quod ad eos attinet, qui minima capitis minutione transierunt in alienam potestatem (quod arrogatis contingit), eadem ista ratio his testamentum irritum facit, quæ supra, quia & hi bona habere desinunt, quæ scilicet ipsi cum capite in alienam familiam transferunt, inquit Papinianus *L. pen.* §. *ult. D. de bon. poss. secund. tab.*

XXX. Olim etiam hoc genere capitis minutionis intelligebantur minui filiifamilias, cum [12] emancipabantur, tametsi hoc modo sui juris fierent. *d.* §. *minima*, *Inst. de cap. demin.* Sed placebat, hac deminutione capitis irritum testamentum non fieri ejus filiifamilias, qui, cum miles esset, aut veteranus, testamentum prius fecisset de peculio castrensi, aut quasi castrensi, *d. L.* 6. §. *ult. de injust. rupt.* ut tum vere dici potuerit, ex iis, qui minimam capitis deminutionem paterentur, quorum testamenta irrita fieri dicimus, excipi filiosfamilias, qui emanciparentur. Cur autem exciperentur, in caussa fuit, quod emancipato hac minutione non amittebantur bona: sed magis ei & vetera confirmabantur, & novorum acquirendorum constituebatur potestas. Qua ex re etiam illud consequebatur, ut citius successorem habere posset, ut mox dicetur. Hodie sic filiifamilias emancipati testamentum non fit irritum: ut hoc etiam ea ratione accidat, quia hodie nec [13] capite minuatur, ut ineptum sit etiam (tantum abest, ut sit necesse) eum excipi ex numero eorum qui capite minuuntur, dum horum testamenta capitis deminutione fieri irrita, dicimus. Ideo enim olim filiifamilias emancipatione capite minui intelligebantur, quia constabat emancipatio imaginaria venditione filiifamilias. §. *præterea*, *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.* Hæc venditio redigebat filium in imaginariam servitutem, ex quo & capitis minutio manifeste accidebat, ut diserte scriptum est in *L.* 3. §. 1. *D. de cap. min.* Satis enim constat, eos, qui in servitutem rediguntur, capite minui. *d.* §. 1. *Inst. de cap. demin.* Hodie autem omnis illa emancipatio, & imaginaria venditio in liberis patria potestate liberandis a Justiniano sublata est. *L. ult. C. de emancip. lib. d.* §. *præterea. quib. mod. jus patr. potest. solv.* Proinde & capitis deminutio, quæ ex ea venditione nascebatur.

XXXI. Sunt, qui proprie non minuantur capite, verumtamen pro capite minutis habeantur: quorum ideo testamenta similiter irrita fiunt. Hi sunt, qui mortem sibi consciverunt, cum aut rei postulati essent, aut in scelere deprehensi, si modo fuit id crimen: ut, si damnarentur, morte, aut deportatione afficiendi essent. Hi ex constitutionibus heredem non habent: sed bona eorum, quasi jam damnatorum, fisco vindicantur. *L.* 3. *D. de bon. eor. qui sibi mort. consc.* Quæ res & testamentum eorum facit irritum. Frustra enim testamentum, quod successorem bonorum non habet, ut mox dicetur. Et ita irritum fieri dicitur in *d. L.* 6. §. *ejus qui de injust. rupt.*

XXXII.

11) Ita & Cujac. *in L.* 8. *D. qui test. fac.* Covar *Ext. de Testam. P.* 8. *rubr. N.* 27. Gail. 1. *de Pac. publ.* 19. *n.* 8. & vulgo DD. teste Vasq. 3. *Ill. contr.* 96. *n.* 3. & 4. Coler. *Decis.* 34. Dauth. *d. Test. n.* 209. late A. *Fab. Decade* 73. *de Err. Pragm.* Arumæ. *Exerc. Just* 7. *Th.* 7. Ita recte, opinor. Si enim ipsis damnatis æque, & benigne, *de consil. Nov.* 34. *C. ult. Auth. bona damnatorum C. de bon. damn.* esse voluisset, indistincte eis bona reliquisset, non illis solum casibus, quibus liberos, aut parentes habent. Diss. Wes. *in Par. de Testam. N.* 13. P. Greg. 42. *Synt.* 8. *N.* 11. quorum opinio in terris Elect. Sax. obtinet Moll. *in P.* 3. *Const. Elect. Sax.* 8. *n.* 4. & Beust. *in L. admonendi de jurej n.* 604. vid. Modest. Pist. *P.* 1. *Q.* 13.

12) Quia per hanc fit sui juris. Atqui & ante emancipationem quoad castrensia fuit paterf. *L.* [illegible] Ft sic nulla quoad hoc imitatio. Ant. Matt. *in Not. ad* §. *ult.* 4. *I. h. t.* Errat igitur Harmenop. contra sentiens *Lib.* 5. *Epit. Tit.* 5. notatus a Cuj. *ad l.* 6. §. *ult. h. t.* Non est contraria *L.* 22. *de Test. mil* ut not. sup. *C. ult. V.* 4.

13) Ita & Vacon 1. *D.* [illegible] 16. *N.* 11. Non enim ideo minuitur capite, quia efficitur sui juris: alioqui & morte minueretur, sed ob imaginariam servitutem *L.* 3. *de cap. min.* & Govean. 1. *Var. lect.* 26.

Digitized by Google

XXXII. Quid ? Nulla ne alia personæ mutatione testamentum fit irritum, quam capitis minutione ? Sciendum est non fieri, quamvis testator, mutata personæ conditione, inciderit in eum casum, unde non magis testamentum posset facere, quam si capite minutus esset. Quod & supra attigimus in eo loco, in quo de his agitur, qui testamentum facere possunt. Ut puta furiosus, prodigus, mutus, & surdus, non magis ab initio testamentum facere possunt, quam servus, quam deportatus, quam filiusfamilias. §. *præterea*, & *seqq. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* Et tamen si quis, testamento rite facto postea furere, aut prodigus esse cœperit: nihilominus testamentum ejus ratum manet, §. *furiosi*, §. *item prodigus*, *Inst. quib. non est permiss. fac. test.* cum, si servus esse cœperit, aut deportatus, aut filiusfamilias: modo diximus, testamentum irritum fieri capitis minutione. Quo loco non immerito quæritur, cur hæc tam varie, cum hi omnes pariter in eum locum redeant, in quo si essent, testamentum ab initio facere non possent. Notanda igitur ratio, cur eorum, qui capite minuti sint, testamenta irrita fiant; ex qua, cur aliorum non fiant irrita, facile intelligetur. Et (quod jam tum in superiore illo loco attigimus) non quia eorum, qui capite minuuntur, status mutatur in eam conditionem, a qua testamentum facere non possent, ideo eorum testamentum fit irritum (alioqui nihil caussæ esset, cur in eadem mutatione non idem diceremus de cæteris) : sed hæc caussa est, quod capite minuti, statu mutato, bona quoque habere desinunt, ut quidem de his possint testari. Quod quomodo accidat cum in servis, tum in deportatis, itemque in arrogatis, paulo ante diximus. Hoc vero quibus accidit, necesse est, horum testamentum exitum habere non posse; non propter mutationem personæ, inquam: sed propter bona. Quibus enim bona non sunt, aut non ea, de quibus concedatur testari: hi bonorum heredem habere non possunt, aut certe non ex testamento. Nullum porro, aut irritum testamentum est, quod heredem non habet. *L.* 3. vers. *Calpurnius*, *D. de his*, *quæ in test. del. L.* 1. *D. de injust. rupt.* At furiosi, prodigi, & cæteri, qui mutata persona, non ideo minuuntur capite, etsi ita conditionem mutant, ut jam testamentum facere non possint: tamen & statum, idest libertatem, civitatem, familiam & cum his etiam bona retinent. Quibus retentis, cum cæteris partibus testamentum rite peractum sit, nihil est impedimento, quominus id heredem, & cum herede exitum habeat.

XXXIII. Fit & mortuo testatore irritum testamentum, cum nemo ex eo [14] heres exstitit. *L.* 1. *D. de injust. rupt.* Sic enim heredis institutio caput est & fundamentum testamenti: §. *ante*, *inst. de legat.* ut consequens sit, quod dicitur in *L.* 3. vers. *Calpurnius*, *D. de his*, *quæ in test. del.* non posse ullum testamentum valere, quod heredem non habet. Quod sic accipiendum est, ut, sive ab initio institutus heres non erit, nullum sit testamentum: sive institutus heres non exsistat aut ipso jure, aut hereditatem non adeundo, æque nullas vires habeat. §. *posteriore*, *Inst. quib. mod. test. inf. Inst. de her. quæ ab int. def. in princ.* Sed hæc species infirmandi testamenti ad quæstionem propositam proprie non pertinet. Id enim nunc agitur, ut sit justum testamentum, quo deferatur hereditas. Atqui ad eam recte deferendam satis est testamentum justum esse, & heredem idoneum habere quo tempore testator moritur, quidquid postea in persona heredis inciderit, quominus heres exsisteret. Semper enim exinde verum erit, delatam esse hereditatem, quam possit heres adeundo consequi. *L. delata*, *D. de verb. sig.* Non enim eo minus jure potest adire, quod aut nolit, aut casu aliquo non possit. Tunc quærendi locus est, an, hereditate non adita, irritum sit testamentum; non cum de ipso herede instituto quæritur, quem constat nolle hereditatem adire: sed cum quæritur de legatis testamento relictis, aut de legitimis heredibus. Nam legata non debentur, hereditate non adita: *L. eam*, *quam*, *C. de fideicomm.* & præterea, nemine herede existente, defunctus fit intestatus. *Inst. de her. quæ ab int. in princ.* Iden potuit hic modus infirmandi testamenti hoc loco prætermitti, ut eum omissum videmus in *Institutionibus* in hoc argumento, nisi per occasionem, omnem infirmandi testamenti rationem complecti vellemus, ut fit in *L.* 1. *D. de injust. rupt.*

XXXIV. Et his quidem modis omnibus testamentum jure infirmatur. Sed nunen-

14) Ubi dicitur, desertum, & destitutum. §. *cum autem* 7. *l. de her. int.* Cujac. *in L.* 1. *h. T.* & Fab. 14. *Conject.* 20. Sine aditione testamentum quod fuit, & ab initio valuit, destituitur, sine institutione nullum est. Institutio facit testamentum, aditio confirmat.

nendi sumus, non omnia testamenta in eodem vitio, quod semel conceperint, perpetuo hærere. Quædam sunt, quæ, cum primo ex suprascriptis caussis inutilia esse cœperint, postea eventu, vivente testatore vires recipiant, ut sic perinde sint, quasi nec essent infirmata. Quod circa rupta, & irrita testamenta accidit: sed circa irrita maxime. De quo genere plura, & certiora in hac parte tradita legimus. Ideo & de eo prius dicemus, & maxime quod sit tractatio cum his, quæ proxime diximus, conjuncta. Capitis ergo minutione irritum factum testamentum interdum aventu convalescit. Quod accidit partim capitis minutione manente; partim pristino restituto statu.

XXXV. Manente eadem capitis deminutione testamentum quod irritum factum erat, convalescit in milite, qui ex militari delicto capite damnatus est. Nam huic concedi solet testari; idque sic accipitur, ut possit testari jure militari. Unde evenit, ut, quemadmodum novum testamentum facere potest sola voluntate (ut est privilegium militum): sic, si prius, quod irritum erat, valere voluerit, nuda voluntate confirmetur. *d. L. 6. §. sed etsi quis*, vers. *nisi forte*, *de injust. rupt.*

XXXVI. Restituitur pristinus status testatori capite minuto, cum aut damnatus restituitur in integrum a principe; aut servus factus manumittitur a domino; aut arrogatus emancipatur a patre arrogatore. Quibus rebus efficitur, ut testator incipiat civis Romanus esse, & sui juris. Hoc cum accidit, & testator eo statu moritur, scriptum est in §. *non tamen*, *Inst. quib. mod. test. inf.* bonorum possessionem secundum tabulas ejus testamenti peti posse; nec quidquam adjicitur amplius. Quæ definitio singulari cautione indiget. Nam primum sic accipi potest, quasi testamentum hoc casu non convalescat, nisi jure prætorio, id est ita: ut heredi scripto non detur, nisi bonorum possessio secundum tabulas, quod beneficium a prætore est. Et præterea cum bonorum possessionem inde peti posse, simpliciter scriptum sit: sic potest accipi, quasi semper possit, & sine ulla conditione. Quorum utrunque falsum est, ut de utroque nos hic commonefieri oporteat.

XXXVII. Primum, quisquis damnatus capitis restitutus est postea beneficio principis, sic statuo: testamentum ejus ita convalescere, ut valeat jure civili, non tantum prætorio. Neque hoc moneri inutile est, quasi nihil intersit, utro jure convalescat testamentum; idemque futurum sit, dum vel convalescat altero. Nam si testamentum incipit valere jure civili, ut volumus: hoc jus futurum est, ut heredes eo testamento scripti, quamvis extranei, possint quidem, si velint, petare bonorum possessionem secundum eas tabulas apud quemvis magistratum (ut bonorum possessio agnosci solet. *L. ult. C. qui adm. ad bon. poss. poss.*), dum id faciant intra tempus ei rei præstitutum. Sed, si gravantur hanc molestiam subire, aut tempore sunt exclusi, possunt nuda voluntate agnoscendæ hereditatis quandoque heredes fieri, ut est ratio juris civilis. §. *pen. Inst. de her. qual. & diff.* Hoc ergo dicimus, ei, qui restitutus est a principe, testamentum ita restitui: ut heredes eo testamento scripti possint ad eum modum heredes fieri jure civili. Neque, cum hoc dicimus, negamus, verum esse quod traditur in *d. §. non tamen*, posse heredem ex hac restitutione agnoscere secundum tabulas bonorum possessionem: sed simul & illud verum esse contendimus, quod superioribus verbis non negatur, posse heredem & altero modo heredem fieri jure civili, quasi testamento ipso jure restituto; non beneficio prætoris. Habeo hujus sententiæ argumenta hæc duo, ut mihi quidem videntur, non dubia. Unum hujusmodi. Nam qui capti sunt ab hostibus si redeant: sic eorum testamenta ipso jure valent beneficio postliminii, quasi nunquam capti essent. §. *ult. Inst. quib. non est perm. fac. test.* §. *si ab hostibus*, *Inst. quib. mod. jus. patr. pot. solv.* At horum testamentis comparantur testamenta eorum, qui a principe restituti sunt, ut hæc valeant eodem modo. *d. L. 6. §. quatenus. de injust. rupt.* Quare & hæc sic valebunt jure civili, quasi nunquam prius irrita facta essent. Alterum tale. Constat enim, beneficium principis in restitutione in integrum omnia, quæ prius amissa erant, sic restituere, quasi nec amissa essent, ut sint (id quod verbum significat) hic integra omnia. *L. 1. C. de sent. pass.* Restituetur ergo isto modo & testamentum, quod prius irritum fuerat.

XXXVIII. In cæteris, qui pristinum statum receperunt aliter, quam restitutione principis, ut si servi manumissi sint; qui arrogati erant, emancipati: nihil proponitur usquam scriptis heredibus ex eorum testamentis, quam bonorum possessio secundum tabulas, de qua in *d. §. non tamen. quib. mod. test. inf.* Sed nec hoc casu simpliciter verum est, bonorum possessionem secundum tabulas ejus testamen-

menti peti posse: sed ita, si aut heredes legitimi testamento scripti sint; aut, extraneis scriptis heredibus, testator recenti voluntate testamentum confirmarit. Si eo testamento scripti sint heredes, qui ab intestato quoque succedere poterant: hi sine exceptione, id est sine nova testatoris voluntate, bonorum possessionem secundum tabulas possunt petere, & rem obtinere, ut simul & quæ eo testamento relicta sunt, valeant. *L. postumus*, vers. *idem & circa*, *D. de injust. rupt.* Interim, recenti confirmatione testatoris nulla interveniente, tales heredes scriptos esse oportet, ad quos ab intestato bona perventura essent, ut his detur bonorum possessio. Hac enim conditione bonorum possessio nominatim datur in *d. L. postumus.* Quæ conditio sic accipienda est, ut sit necessaria, si nihil aliud scriptos heredes adjuvet. Cæterum, quamvis scripti sint heredes extranei, si, mutato in melius testatoris statu, hoc etiam accesserit, ut is codicillis, aut aliis literis, vel alia testificatione declaraverit, se eodem testamento mori velle: scriptum est in *L. pen. §. ult. D. de bon. poss. sec. tab.* voluntatem, quæ defecerat, judicio recenti redisse intelligi: sed non aliter. Alioqui enim exceptionem finitæ voluntatis scripto heredi obstare. Quod rursum sic accipiendum est, si hi sint scripti heredes, qui nullo alio jure vocentur ad hereditatem, quam voluntate testatoris, id est si sint extranei. Nam qui per se etiam ab intestato possunt rem obtinere, merito non desiderant ejusmodi confirmationem voluntatis ad petendam bonorum possessionem secundum tabulas, ut ante dixi.

XXXIX. Sed quod in extraneis heredibus recentem voluntatem testatoris exigimus, ut his institutis detur bonorum possessio secundum tabulas, scriptum est nominatim a Papiniano de eo, qui, testamento facto, se arrogandum dederat, deinde sui juris factus est. *d. L. pen. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* Proinde de eo, cujus quodammodo voluntate, & facto testamentum irritum factum erat. Unde merito dubitari potest, num eamdem conditionem exigere debeamus in iis testatoribus, qui inviti minuti sunt capite, deinde cives Romani, & sui juris facti sunt, ut si qui servi facti sint, deinde a dominis manumissi. Et probandum est, ne horum quidem testamenta prodesse scriptis heredibus extraneis aliter, quam si ipsi recenti judicio ea confirmarint. Argumento est miles ex militari delicto damnatus. Quem quidem constat, ut damnari invitum, ita & invitum capite minui. Placet tamen, si ei damnato facta sit potestas testandi, non aliter restitui ejus testamentum, quam si voluerit id valere. *d. L. 6. §. irritum. de injust. rupt.*

XL. Sed adversus omnem hanc recentem confirmationem oritur dubitatio. Nam quomodo nuda voluntate redeat testamentum, quod jure irritum factum erat, cum constet, testamentum nuda voluntate non constitui? *§. ult. Inst. quib. mod. test. inf. §. sed. cum paulatim, Inst. de test. ord. L. testandi, C. eod.* Huic objectioni occurrit Papinianus in *d. L. pen. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* Negat, hic testamentum constitui voluntate posteriore, & recte. Confirmatur enim & sine voluntate jure prætorio. *d. §. non tamen, Inst. quib. mod. test. inf.* Idque est, quod ait, hic non quæri maxime de jure testamenti, ut quod constet aliunde, etiam jure publico valere, si nihil aliud privatim obstaret scripto heredi. Sed valet, inquit, hæc recens voluntas ad infirmandam exceptionem, quæ heredibus legitimis parata erat adversus heredem scriptum, si nulla nova voluntas interveniret. Scripto enim herede hereditatem vindicante, dicerent legitimi heredes: Non potes hereditatem vindicare, quoniam deficeris voluntate testatoris, qui scivit testamentum suum irritum factum esse capitis minutione, nec declaravit postea, num & tale manere vellet. Ad infirmandam, inquam, hanc exceptionem prodest recens voluntas, qua probatur, testatorem eodem testamento mori voluisse. Unde replicatio doli mali adversus exceptionem priorem. Et hoc rursum est, quod Papinianus subjicit, non quæri maxime in hoc judicio de jure testamenti: sed de viribus exceptionis superioris, quæ actori, idest scripto heredi opponitur, sed æstimatur ex persona ejus, qui opponit, idest ex persona legitimorum heredum, aut aliorum qui hereditatem possident. Hi autem nullo jure opponunt, postquam exceptio replicatione secutæ voluntatis eliditur.

XLI. Quod si neque testamento, quod irritum factum erat, heredes legitimi scripti sint; neque testator sui juris factus dixerit, se eo testamento mori velle: testamentum plane irritum manet, ut neque hereditas ex eo adiri possit jure civili, neque bonorum possessio secundum tabulas ejus testamenti peti jure prætorio. Non enim ad petendam bonorum possessionem ex hoc genere testamenti frustra adduntur superiores conditiones suprascriptis locis duobus, puta *d. L. postumus*,

de

de injust. rupt. d. L. pen. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* sed eo pertinent, ut intelligamus, alterutra earum deficiente, nec bonorum possessioni locum esse. Quapropter quod in *d.* §. *non tamen*, *Inst. quib. mod. test. inf.* simpliciter dicitur, posse scriptum heredem secundum tabulas ejus testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit: sciemus, sic accipiendum esse ut aliquando possit, non semper. Potest autem iis conditionibus, quæ supra scriptæ sunt.

XLII. Non sunt hæc propria irriti testamenti. Eadem & circa [15] ruptum recepta sunt, ut scilicet, impedimento rupti sublato, convalescat testamentum iisdem illis conditionibus. Rompitur testamentum postumi agnatione, qui præteritus natus est vivo patre. Si idem rursum vivo [16] patre decedat: placet, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heredem scriptum posse, remque obtinere, ut est in *d. L. postumus. de injust. rupt.* Sed additur in extremo ejusdem responsi hæc conditio, quæ ad omnes præcedentes casus pertineat, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit: conditio nimirum eadem, quæ illic aperte & circa injustum testamentum adjicitur. Ut autem sciamus, hanc conditionem tunc esse necessariam, cum aliter non constat de recenti voluntate testatoris: si testator, caussa rupti sublata, declaraverit, se eodem testamento mori velle: non quæremus, quis heres sit institutus, legitimus, an extraneus: sed, etsi extraneus institutus erit, si recenti judicio testatoris voluntas illi redierit, & bonorum possessionem sine metu exceptionis petere poterit, ut declarator in *d. L. pen.* §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* In persona ejus, qui posteriore testamento facto prius rupisset, deinde supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Ubique tamen [17] alterutra conditio exigitur, ut appareat, rupto testamento agnatione postumi, vel posteriore testamento, quamvis postumus deinde sublatus sit, aut posterius testamentum incisum: si tamen neque priore testamento scripti sint legitimi heredes, neque testator aperte dixerit, se id valere velle: bonorum possessionem secundum eas tabulas peti non posse.

CAP.

15) Quid si mortuo patre natus, mox decedat? Duar. idem putat, *ad h. t. D.* C. 3. *f. 369.* modo testamentum sit signatum per Ulp. *l.* 23. §. 5. *in L. a.* inquit, 12. *pr. h. t.* vitæ testatoris mentio, quia ex facto ita acciderat. Et *L.* 2. *C. de postum. her, ac L.* 15. *d. h. t.* accipiendæ cum hac exceptione, nisi testamentum signatum sit, ita Duar. Quo vix est, ut admitti possit. Quia enim signatum olim fere frequentius nuncupato, exceptio latius pateret regula. Et rectius alii, qui ideo in *d. L.* 15. non convalesceret testamentum volunt, quia ex fictione legis Corneliæ pater videtur statim decessisse cum caperetur, & ita prius mortuus quam filius. Sed ad explic. *d. l.* 15. vid. A. Fab. 10. *Conject.* 9. & 10. & ad explic. *d. l.* 12. *pr. h. t. idem* 9. *Conject.* 15. & *seq.* & 1. *Jurisp.* 11. *Pr.* 9. *Illat.* 4.

16) Diss. Duar. *d.* C. 3. *f.* 368. & *seq.* volens indistincte hoc obtinere, quicunque scriptus sit, modo signatum sit testamentum, ac solemnia juris prætorii adhibita, &c.

17) Vid. *de d. L. pe.* §. *ult.* & *d.* §. 6. *I. h. t.* A. Fab. 10. *Conject.* 18. & *seqq.* ubi in miserum Tribonianum invehitur.

CAP. XVII.

De heredibus instituendis: & qui heredes quibus verbis instıtui possint.

Transitio. I.
Testatoris voluntatm . *&* *institutionem justam esse oportere.* II.
Talis quæ sit. III.
Ea efficitur voluntate, & potestate. IV.
Cur primum de potestate. V.
Quid hic potestatis *nomine Auctor intelligat.* VI.
Institutio an valeat ex re, *& verbis spectatur.* VII.
Olim, *nisi directis verbis*, *nulla.* VIII.
Hodie quibuscunque verbis valet. IX.
In re institutionis spectanda: *persona heredis*; *modus instituendi*; *numerus heredum*; *plurium heredum partes.* X.
Soli Cives Romani institui possunt. XI.
Hi qui sint. XII.
Peregrinorum, *seu non Civium Romanorum duo genera.* XIII.
Servi, *nisi per eos ad Cives Romanos hereditas perventura sit*, *institui non possunt.* XIV.
Hac conditione qui nam possint. XV.
Quo modo servi nostri. XVI. XVII.
Quid, *si servus sit communis.* XVIII.
Quo modo alieni. XIX.
Utrum Hereditarii. Hi qui sint. XX.
An ejus, *qui capere non potest.* XXI.
Capti ab hostibus institui possunt. Quare. XXII.
Qui nam ex servis institui nequeunt. XXIII.
Hostes, *deportati*, *perpetuo damnati ad opus*, *ac nostris temporibus ad remos*; *item Hæretici*, *non tamen omnes*, *& Apostatæ institui prohibentur.* XXIV.
Noc omnes Cives indistincte, *nequo omnes servos institui posse.* XXV.
Ex Civibus qui nam, *& quatenus excipiantur.* XXVI. XXVII. XXVIII.
Qui nam ex servis. XXIX.
Qui pure institui nequeunt, *sub conditione* cum capere poterunt *recte instituuntur.* XXX.
Quid, *si pure? Non de omnibus idem constitutum.* XXXI.
Servi institutio valet ex tacita conditione. XXXII.
Ad deportatorum, *aliorumque Peregrinorum non valet*; *inque ea causa hereditas est*, *in qua esset*, *si scripti non fuissent.* XXXIII.
Contrariis occurritur. XXXIV. XXXV. XXXVI.
Furiosus, *Prodigus*, *Pupillus*, *& Filiusfamilias institui possunt.* XXXVII.
Item incerta persona, *etiam testatori penitus ignota*: *publica corpora.* XXXVIII. XXXIX. XL. XLI.
In extraneis heredibus tria tempora observantur: *facti testamenti*, *mortis Testatoris*, *aditionis.* XLII.
In suis, *& necessariis duo tantum*, *testamenti*, *& mortis. Ratio differentiæ.* XLIII.

I. JUstum testamentum hactenus coostitutum est. Qood tale est, ut ab initio consisteret: & cuio coostitisset, postea non est infirmatum: aut infirmatum, deinde convaluit; quod, quibus modis accidat, diximus. Id vero est, quo solo, diximus, hereditatem directo deferri posse. Ita, hoc constituto, potestas deferendæ testamento hereditatis constituta est, de qua cœperamus quærere. Hac constituta, sequitor ad deferendam hereditatem volootas defuncti. Diximus enim, sic nobis deferri hereditatem, si is, qui defert, possit deferre, & cum potest, velit recte delatam. Voluntate testatoris nobis defertur directo hereditas (nam de ea, quæ directo defertor, ouoc agimus) cum ab eo heredes instituti sumus. Unde intelligimus, heredis [1] institutionem io jure deferendæ hereditatis duplicem usum præbere. Primuoi, id quod in commune ad totom testamentum pertinet, ut testameotum valeat; sive de nobis, qui heredes instituti sumus, quæratur, sive de aliis coheredibus scriptis, sive de legatariis. Proximum, quod pertinet privatim ad jus heredum institutorum, ut sciamus hoc esse, quibus voluntate defuncti directo defertur hereditas. De qua parte nunc quærimus.

II. Voluntatem testatoris, ejusque institutionem com hic exigimus, aote omnia id statui debet, quod jam ante Cap. X. de institutiooe heredis monuimus, hic idem

1) *Quæ definitur a Cuiac. in Parat. de lib. & postum. datio hereditatis nulli alii ante delatæ a Vult. a. Jurisp. 73. n. 52. Successoris a testatore facta designatio.*

dem exigere nos, quod in cæteris rebus, quas jus ad aliquid efficiendum adhiberi jubet: justam nimirum & legitimam, tum voluntatem, tum institutionem. Sic enim de iis quæ vitiose, & non rite fiunt, in universum jus est, ut pro infectis habeantur. *L. quoties*, *D. qui sat. cog. L.* 4. §. *condemnatum*, *D. de re jud. L. non dubium*, *C. de legib.*

III. Ea autem justa voluntas, & institutio est, cum ita heres instituitur, ut jus permittit.

IV. Ita in justa instituendi voluntate duo insunt: voluntas per se testatoris, & huic ex jure adjuncta instituendi potestas, quæ voluntatem ratam efficiat. Quorum proinde de utroque nobis hoc loco separatim cognoscendum est.

V. Ac prius dicam de instituendi potestate. Etsi enim, si consilium testatoris spectamus in heredibus instituendis, prior est voluntas instituendi: quoniam prius unusquisque animo suo proponit, quos velit sibi esse heredes: deinde quærit, possitne recte instituere, & quomodo possit. Sæpe etiam instituit non idoneos, omissa juris quæstione: tamen, si de jure institutionis quæritur, ut faciendum est omnibus, qui aliquid agere volunt, prior est instituendi potestas. Frustra enim beredem instituimus, si jus refragatur. Denique deliberanti de institutione heredis, ne quid temere aggrediatur, prius videndum, quid hic jure possit: sic deinde, hoc cognito, potestas ad rem conferenda, ut quod recte potest, tum tuto velit. Quapropter & de hac potestate heredum instituendorum in hac quæstione non immerito prius dicendum videtur.

VI. Potestatem instituendi voco facultatem ita instituendi, ut per jus licet; quo fiat, ut ipsa etiam per se jure valeat institutio.

VII. An valeat, duabus ex rebus spectatur: ex verbis, & ex re institutionis.

VIII. In verbis vetus observatio fuit, ut, nisi [2] directis verbis, non recte heres institueretur hoc modo: *Titius heres esto*, vel *heres sit*: *Titium heredem esse jubeo*, auctore Ulpiano in fragmentis Tit. *quemad. her. insti. deb.* Quæ & formula vetus indicatur in *L.* 1. §. *qui seque.* §. *si ex fundo*, *D. de hered. instit.* Cui & similis est illa, *Titius hereditatis meæ dominus esto*: quæ probatur in *L. his verbis* 48. *D. de her. inst.* Fuitque hæc ita solemnis formula, ut quæ iisdem verbis non conciperetur institutio, esset vitiosa; usque adeo, ut etiam illa improbaretur, *Titium heredem instituo*: *Heredem facio*. Auctor Ulpianus ibidem.

IX. Hodie hæc omnis observatio verborum sublata est in heredis institutione: & receptum, ut quibuscumque verbis testator significet, se hereditatem, aut bona sua universim pervenire velle ad aliquem, is recte institutus intelligatur. *L. quoniam*, *C. de testa.* ut probanda sit Accursii, & Bartoli sententia ad *L. his verbis*, *D. de her. inst.* his verbis recte hodie heredem institutum videri [3] *Titio bona mea relinquo*. Nam bona simpliciter a testatore appellata, quæ ille ad aliquem redire velit, pro universitate & hereditate accipiuntur, cum non potest aliter relictum valere. *L. nam quod*, *in fi. L. cogi*, *D. ad S. C. Trebell.*

X. Res institutionis, seu institutio ipsa remotis verbis, quatuor in rebus versatur. In persona heredis instituti; in instituendi modo; in numero heredum; & si plures instituti sint, in partibus hereditatis inter eos distribuendis. Quibus in rebus singulis ad rectam institutionem quæritur, quid jure liceat. Omisi personam testatoris consulto, tametsi sine hac nulla est heredis institutio: quoniam is solus heredem instituere potest, qui & testamentum facere. Satis autem supra diximus, qui testamenta facere possint: ut simul & in his dictum sit, qui possint heredes instituere.

XI. Persona heredis instituti ejusmodi est, ut non omnes jure institui possint. Soli possunt institui, cum quibus testamenti [4] factio est. *L. si alienum* 49. §. 1. *D. de her. inst.* §. *in extraneis*, *Inst. de her. qual. & diff.* &, ut loquitur Ulpianus in fragmentis. *Tit. qui her. inst. poss. qui testamenti factionem cum testatore habent.* Testamenti factio est solum cum civibus Romanis; ut quemadmodum soli

2) Quæ & dicuntur *imperativa*. Ulp. *tit.* 24. §. 1. & *civilia L.* 7. *de vulg. legitima L. ult. C. de test. tut. L.* 14. *C. de test. man.* quibus opponuntur *obliqua*, & *inflexa* vid. Duar. 2. *Disp.* 9. Hot. 4. *Obs.* 24. Cuj. 11. *Obs.* 25. A. Fab. 34. *Err. Prag.* 2. Alex. Trentacinq. *de Subslit. T.* 4. *C.* 4. R. ad Forner. 1. *Rer. quotid.* 11. Non directa autem tantum olim requirebantur, sed & selecta & ut Apulei. de industria concepta. Quam ἀκριβολογίαν Constantinus sustulit. Supersunt tamen alia solemnia in testibus, & signatoribus adhibendis, Cujac. *in L.* 1. *qui test. fac.* Diss. Guil. Forner. 1. *Select.* 28.

3) Immo & verbis hujusmodi: *lego omnia bona*, *vel lego hereditatem*, hodie recte institutionem fieri vult Vacon. 4. *Declar.* 55. quia testantis intentio apparet, & expresse hanc ejus mentem esse liquet. Olim vero his verbis institui non poterat. Vid. Tuaramm. *de Exempat. legat. C.* 1. *n.* 8. & 9. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. progressu* §. 5. *n.* 13. & *seqq.* & Matt. Geib. *ad rub. D. de leg.* 1.

4) Ut vel ipsi capere, vel aliis acquirere possint. Duar. *h. t. c.* 2. *Vid. not.* supra *C.* 5. *N.* 1.

soli cives Romani testamentum facere possunt, ut suo loco diximus: ita possint soli cives Romani ex testamento civis Romani capere vel hereditatem, vel legatum. Etsi autem nusquam id diserte expressum est; tamen sic facile ex his locis inter se collatis colligere possumus. Nam de legatis traditur, legari solum posse iis, cum quibus testamenti factio est. *L. legari, Inst. de legat.* At lege Falcidia quæ exstat in *L.* 1. *D. ad Leg. Falc.* cautum est, anlum legari posse civibus Romanis. Ex quibus intelligimus, eosdem esse cives Romanos, & eos cum quibus testamenti factio est, cum de his quæritur, qui ex testamento capere possint. Præterea, si solis civibus Romanis legari potest, ut efficitur lege Falcidia: multo minus alii possunt heredes instituti, quam cives Romani; plus est enim, heredem institui, quam legatum accipere: ut legatariorum exemplo, multo magis testamenti factionem esse oporteat cum iis qui heredes instituuntur.

XII. Cives Romanos jam ante in persona testantium diximus, esse liberos homines, qui sint orbe in Romano. Liberos quia nulli cives Romani nisi liberi §. *ult. Inst. de lib.* qui sint in orbe Romano; quia nulli quantumvis liberi, cives Romani, nisi qui habeantur in orbe Romano *L. in orbe, D. destat. hom.* Et generaliter hi pro civibus cujusque gentis habendi, qui in ea gente liberi sunt, & ei imperio subjecti. Hinc primum intelligimus, eos heredes in universum institui non posse, qui cives Romani non sunt. Idque est, quod uno verbo dicitur, peregrinos institui non posse. *L.* 1. *C. de her. inst.* Nam peregrini nostris dicuntur, qui cives Romani non sunt; *L.* 6. §. *solemus, D. de her. inst.* & peregrinatus, status eorum, qui item non sunt cives Romani. *L. sed si hac*, §. *sed si per pœnam, D. de in jus voc.*

XIII. Peregrinorum, seu non civium Romanorum duo genera ex superiore definitione, ex quo & totidem eorum, qui institui non possunt.

XIV. Primum servi. Ideo nec servi institui possunt. Quod tamen sic accipiendum est, si modo ut servi instituantur, nec per eos hereditas perveniat ad cives Romanos. Quorum si quid contra fiat, ipsi cives Romani heredes institui videntur: ut necesse sit utroque casu & cum his servi tanquam cum civibus esse testamenti factionem.

XV. Hinc tria genera servorum institui posse placuit: nostros proprios; servos alienos, qui sint civium Romanorum; item eos, qui ex nostris capti sunt ab hostibus: qui & ipsi servi sunt hostium.

XVI. Servi nostri proprii a nobis heredes institui possunt: *Inst. de her. inst. in pr.* nempe quia, ut cives Romani, instituuntur. Non enim instituuntur, nisi cum [5] libertate, ut sic prius fiant liberi, ac per hoc cives Romani, §. *ult. Inst. de lib.* sic deinde heredes: nec vero aliter institui possunt. §. *est. tamen, Inst. de her. inst.* Unde est, ut si servum alienum liberum & heredem esse jusserim, & is postea meus effectus sit, neutrum valeat: quia libertas servo alieno inutiliter data sit. *L. si alienum, in pr. D. de her. inst.* Inde illud quoque, ut si servum meum pure heredem scripserim, sub conditione liberum, differatur institutio in id tempus, quo libertas data est. *L.* 3. §. 1. *D. de her. inst.* quamobrem &, deficiente conditione, extinguitur institutio. *L. qui filio.* §. *pen. D. eod.* Et exstingui institutionem in hac specie admisit ex jure vetere Justinianus, sive in potestate servi fuerit, sive in casum collata conditio. Illud de libertate servi in eadem specie constituit, ut, si conditio ex casu pendeat: hac non existente, non sit quidem heres servus, qui institutus est; nisi hereditas non sit solvendo; quo casu vult, eum domini caussa heredem ei fieri necessarium: at nihilominus servus fiat liber, quasi libertate ei per institutionem data. Hoc in *L. ult. C. de nec ser. her. inst.*

XVII. Quod tamen dicimus, non posse servos proprios heredes institui, nisi cum libertate, ut fiant heredes, in universum sic accipiemus, non, ut necesse sit, libertatem adscribi nominatim, sed ut si vel simpliciter heredes instituti sint, dum, libertate non detracta, intelligantur hoc ipso jussi esse liberi: quoniam jure aliter, quam cum libertate heredes esse non possunt. Hoc [6] Justinianus in *L. quidam.* §. 1.

5) Quid autem si liber, & heres esse jussus, alienetur a vivo testatore vid. §. 2. *I. L.* 9. §. *servus* 18. *L. servum* 50. *D. h. t. L. servo* 47. *L.* 96. *de cond. & dem.*

6) Olim enim secus fuisse liquet ex Ulp. *tit.* 22. §. 7. Ratio triplex adsignatur ab Hot. *in pr. I. h. t.* Quia hereditas nomen juris in personam servi non cadens. 2. Dominus eum ludificari ac frustrari videtur. 3. Quia hic domini persona (qui est defunctus) mutuari nequit. Et Vult. *ib. n.* 4. Nec per se, inquit, institui poterat, quia nihil suum habere potest; nec ex persona alterius; quia hereditas, domino mortuo, loco domini, cui eamdem hereditatem acquirere absurdum est. Quamvis autem qui vult consequens, velle videtur & antecedens *L.* 2. *de juris.* libertas tamen non videbatur dici posse accessoria hereditati: sed immo principalior. Principale autem ex accessoria vires capere non potest *L.* 10. *D. de jure codicill. & simil.* A. Fab. 1. *Jurisp.* 6. *Pr.* 6. *Ill.* 1.

§. 1. *C. de necess. ser. Inst. de her. inst.* §. *idemque*, *Inst. quib. ex cau. man. non lic.* Et hoc se constituisse primum scribit nova humanitatis ratione in *d.* §. *idemque quib. ex cau. man. non lic.* Quid est igitur, quod idem scribit *Inst. de her. inst.* hoc se per innovationem non induxisse? Recte, & vere utrunque. Jus nimirum de hac re novum constituit: eoque & induxit, quia prius contrarium de plurium sententia obtinebat. Sed non induxit novam sententiam, idest eam, 7 quæ nulli placeret. Nam & hæc placebat Attilicino, tametsi non obtineret, ut ipse indicat in *d. Tit. de her. inst.*

XVIII. Non sunt in totum nostri qui sunt communes. Sed tamen favore libertatis placuit eidem Justiniano, servum communem ab uno ex dominis manumitti posse ea lege, ut reliquarum partium æstimatio reliquis sociis solvatur juxta formam ei rei datam. *L.* 1. *C. de com. ser. ma.* Cui consequens fuit, ut servus communis etiam ab uno ex dominis recte institueretur, & libertatem eadem conditione acciperet. Quod & ille eadem constitutione nominatim induxit.

XIX. Servi item alieni heredes a nobis institui possunt. *Inst. de her. inst. in pr.* & quidem aperte non tanquam cives Romani: quoniam non possunt institui cum libertate, quam his demus. Nemo enim alienum servum, quamvis, ut proprium manumittat, ad libertatem perducere potest, ut traditur in *L.* 4. *C. de his qui a non da. mom. sunt.* Quippe cum is solus liberari possit a nobis potestate, quem in potestate habemus. Sed nihilominus & hic in 8 persona servi alieni civis Romanus institui intelligitur. Qua ratione & cum alienis servis testamenti factio recepta est. Servo namque hereditatem jussu domini adeunte, ipsi domino statim hereditas acquiritur: perinde quasi ipse heres institutus esset. *L. acquiruntur* §. 1. *D. de acq. rer. dom. L. placet*, *D. de acq. her.* Quod ni ita esset, servi alieni institui heredes non possent. Inde dictum est, cum servis alienis esse testamenti factionem: sed ex persona dominorum. Scilicet ut institui possint, si dominos habeant, & eos, quos & ipsos heredes instituere potuissemus. *L. non minus*, 31. *in pr. D. de her. inst.*

XX. Atque hinc quæsitum primum de servis hereditariis, an hi a nobis heredes institui possint. Nam hereditarii dicuntur, quorum dominus mortuus est ita, ut necdum ejus hereditas sit adita. §. *servus etiam*, *Inst. de her. inst.* Hi vere, & si naturam spectamus, dominos non habent. Non defunctum, qui morte desiit esse in rerum natura: non heredem futurum, quia, nondum adita, & quæsita hereditate, dominium rerum hereditariarum ad eum non transit. *L. cum heredes*, *D. de acq. poss.* hereditas porro natura nihil est, uti jus & universitas esse fingitur per se consistens: ut dominam eam esse dicere non possis. Sed quod ostendi pluribus in definitione hereditatis, ne commoda hereditaria depereant, dum non aditur hereditas; sic ea in universum pro commodo patrimonii accepta est, ut fingeretur domina quædam esse, quæ in jus defuncti successisse, eoque, & locum defuncti obtineret. Quam ipsam ob caussam & cum 9 hereditariis hujus-

Ill. 1. & 2. ubi nimis audenter constitutionem Justiniani *d. L. pe. C. de necess. serv. her.* adversari omnino rationi juris, & *Ill.* 3. audacius: Just. qui *in pr. d. L. pe.* verecundiæ fines transierit, *in* §. 1. vero *nos itaque ejus d. L.* bene, & graviter esse impudentem. At hoccine est interpretem agere? Legislatoria si esset auctoritas Fabro, non tamen ita debaccari, & acerbe insectari veteris juris auctores conveniret. Ubi hoc Justinianum, aliosque Imperatores quando quid ex priori jure immutant, facere deprehendimus? Multo illi modestiores. Videamus an tantum ponderis sit illi Fabri rationi. Et, ut sit, nonne favore libertatis stricti juris regulas (etiam fortiores forte qui illa est: Principale non capit vires ex accessorio) insuper haberi videmus? Quid autem si non sit? Principalior est libertas hereditate, scilicet præstantior, melior, dignior. Non est principalior ita, ut ceu accessorium secum trahat hereditatem: sed contra hereditas libertatem. Ludit nimirum Faber fallacia homonymiæ. Principale, immo hereditas est; libertas accessorium. Propter hereditatem enim liber fit servus: non heres propter libertatem. Nam & cum testamento adscripsit libertatem defunctus, censetur eo motus, libertatem servo dedisse, ut eum haberet heredem. Non contra ideo hereditatem ei reliquit, ut esset liber. Ast præstantior est libertas? Est. Sed, numquid res aliqua principalis sit, an accessoria, æstimandum simpliciter ex pretio & æstimatione? Nonne ædificium magnifica etiam extructum rili arese cedit? Nonne & fidejussoria obligatio accedens naturali, efficacior est principali? Quid multis? Si firma est ratio Fabri, nonne ei plenissime locus erit in tutoris datione? Et tamen, eo ipsum e juris ratione, servo tutori simpliciter dato, libertatem obtingere, Faber ipse non diffitetur *L. Jurispr.* 12. *Pr.* 1. *Ill.* 42. (Vid. *not.* supra *lib.* 3, *C.* 4 *N.* 15.) tametsi *d. Pr.* 6. *Ill.* 2. sui immemor, scribat duplicem favorem & libertatis & pupillorum id ibi invita jurisprudentia caturuisse.

7) Ita & Myns. *ad* §. *idemque* 2. *I. quib. ex c. man. non lic. n.* 1. Vult. *in pr. I. h. n.* 4. placuisse idem ante Justinianum nonnullis paucis, non autem receptum fuisse. Et recte, nam si ante pluribus placuisset, eorum sententia jus fecisset §. *Responsa* 7. *inst. de I. N. G. & Civ.* Aliter Hot. *in pr. I. h. l.*

8) *L.* 3. *pr. h. l.* 52. §. *ult. de acqu. her.* Hot. *ad.* §. 1. vers. *alienus I. h. l.* Servi, ait, personam quidem non habent; sed persona dominorum eis tantisper accomodatur *L.* 44. *de cond. & dem.* & ex ea quasi personantur. In his igitur institutionibus duæ quodammodo personæ: vera domini, & fictitia, ac imaginaria servi. Et duo heredes; unus naturaliter; servus, qui & adire cogitur, cum aditio sit facti: alter civiliter, dominus.

9) L. 52. *L.* 64. *h. t. L.* 82. §. *ult de legat.* 1. quia tunc etsi directo nequit, personam mutuari a domino, qui jam nullus est, per interpositam tamen hereditatem, quæ defuncti personam sustinet, mutuatur. Hot. *d. lo.*

hujusmodi servis testamenti factio admissa est: nimirum ex persona dominæ, ac veluti defuncti. *d. L. non minus*, 31. §. 1. *de her. inst. d. §. servus etiam. Inst. eod.*

XXI. Videtur tamen [10] servus recte institui, etiam si sit ejus, qui capere non potest. Nam institutus, si ante quam jussu domini adeat hereditatem, manumissus, alienatusve sit, & nihil in fraudem legis factum sit, ipse admittitur ad hereditatem, ut totidem verbia scriptum est in *L. si servus ejus*, 82. *D. de acq. her.* Et hoc verum est. Sed hoc eo fit, quod & qui capere non possunt, & eorum servi non recte instituuntur pure, de quo nunc agimus: at recte instituuntur sub conditione: ut si tempore exsistentis conditionis capaces esse cœperint, valeat institutio, ut paulo post dicetur. *L. in tempus, D. de her. inst. L. pen. D. de reg. Cat.* Porro servus institutus semper sub conditione institui intelligitur: ut, si *eodem statu maneat*, dominum præsentem heredem faciat; si *alienetur*, acquirat hereditatem novo domino: si *mutata conditione pervenerit ad libertatem*, acquirat sibi. *L. si paterfamilias, D. de acquir. hæred.* Quo fit, ut alienatus, vel manumissus postea, ex conditione institutionis recte admittatur, qui eo tempore in ea caussa est, ut recte capere possit vel novo domino, vel sibi.

XXII. Qui ab hostibus capti sunt, etsi sunt servi hostium: *L. adeo, D. de ac. rer. dom.* tamen & ipsi heredes institui possunt. *L. illa institutio*, 32. §. 1. *D. de her. inst.* Scilicet quia & hic intelligitur civis Romanus esse institutus beneficio postliminii. Nam, si captus decedat apud hostes, nulla institutio est. Si redeat, jure postliminii perinde habetur, quasi in civitate semper mansisset. *d. L. illa institutio*. §. 1. §. *si ab hostibus, Inst. quib. mod. jus. pat. pot. sol.*

XXIII. Qui nam ergo servi relinquuntur, qui heredes institui non possint, ut necesse fuerit dici a nobis servos, quia cives Romani non sunt, heredes institui non posse? Hi nimirum, quorum in persona nemo, nisi servus, intelligitur institui, qui nec institui possunt a nobis ut liberi, nec cives Romanos dominos habent. Tales sunt, qui damnatione [11] servi pœnæ effecti sunt. Nam cum non sint nostri, non possunt institui a nobis cum libertate. Rursum ita non sunt nostri, ut nec sint alieni. Dominos enim non habent, utpote servi pœnæ non Cæsaris. Unde placuit hos institui non posse, & institutos pro non scriptis haberi. *L. 3. D. de his, quæ pro non scr. hab. L. sunt quidam. D. de pœn.*

XXIV. Alterum genus peregrinorum est eorum, qui ita sunt liberi, ut civitatem non habeant. Sive quod imperio subjecti non sunt, sive, quod cum cives essent, civitatem habere desierunt. In hoc numero sunt, hi: hostes; deportati; in publicum opus perpetuo damnati; hæretici ii, de quibus cautum est certis constitutionibus; & apostatæ. Hostes peregrinos esse idest, non ex orbe & imperio Romano constat, idque vel ipsum nomen hostis satis indicat. *L. amissione*, §. 1. *D. de cap. min.* Ideo hostes frustra heredes instituuntur. Unde, si is, qui captus est ab hostibus a nobis institutus, ibi decedat, nulla institutio est, ut significatur per contrarium in *L. illa institutio*, §. 1. *D. de her. inst.* nempe ideo, ne per eum acquiratur hostibus hereditas: quod jus non concedit. Hostium numero sunt transfugæ: item qui a Senatu [12] hostes judicati sunt. *d. L. amissione*, §. 1. *de cap. min.* Proinde nec hi heredes institui, aut ex testamento cives Romani quidquam capere possunt. Deportati, & in opus publicum perpetuo dati, ut sunt qui moribus nostrorum temporum ad [13] remos perpetuo damnantur, damnatione civitatem amittunt; fiuntque, qui dicuntur

10) Quod noster, ut videtur, intelligit de servo omnino incapacis, exemp. gr. deportati, ei non accedo. Nam LL. simpliciter negant, esse testamenti factionem, cum servo, si cum domino non est, *L. 31. pr. L. 52. h. t. L. 82. §. ult. de legat.* 1. Unde & servus plurium, si non cum omnibus testamenti factio, illis tantum acquirit, cum quibus est *L. 69. §. 1. h. t.* Recte Vigl. in §. *servus 3. I. h. t. n. 3.* & Vult. *in pr. I. h. n. 5.* accipiunt *d. L.* 82. de eo domino, qui non omnino incapax, & testamenti factione caret: sed forte aliquo casu ejus hereditatis, vel portionis, de qua illic agitur, capax non est. Et Gilb. *Reg. 2. Enant. 17.* ex inscriptione probat *d. L. 82.* pertinere ad L. Juliam & Papiam, quæ non vetat cœlibes institui, sed caducum facit, nisi intra certa tempora uxorem duxerint. Ii ita incapaces sunt, non ἁπλῶς sed κατὰ.

11) Servi autem publici, quibus olim ex dimidia parte testamenti faciendi jus, vid. *not. sup. C. 5. N. 3.* & ex aliorum testamento sibi capere poterant ex parte dimidia. vid. Pithou. in *Not. Tit. 5. Coll. LL. Mosaic.*

12) Sunt enim hi hostes interni. A. Gentil. 3. *Lect.* 18 Unde Cic. *Philipp.* 2. Antonium hostem togatum vocat. Hujusmodi hostes omnes perduellionis (non etiam levioris, & simplicis criminis majestatis) rei *L. 11. §. 3. de his qui not. infam. L. 1. C. de bon. lib. L. 8. §. 2. de pœn. L. ult. D. ad L. Jul. majest.* ac ipso tempore admissi. *L. ult. C. ad L. Jul. majest.* Unde sequitur, hereditatis esse eos incapaces, & frustra quæri a DD. an perduellionis reos a patre exheredari possit: absurde autem e pluribus id negari, necessario eum instituendum contendentibus, qui nec institui potest. Vid. P. Theodore *Disp. Crim. 5. me respondente habitam. Th. 8. Lit. D.*

13) Et banniti ab Imperatore, vel Camera imperiali, Sich. *ad L. 1. C. h. t. n. 10. & seqq.* Gail. *Lib. 1. de Pace publ. C. 1. & C. 12.* & passim, & de institutione deportatorum Gilken. *de Præsc. P. 3. C. 5.*

tur græcis ἀπόλιδες, sine civitate. *L. sunt quidam in fi. D. de pœ.* §. *cum autem*, *Inst. quib. mod. jus. pat. pot. sol. L.* 2. §. 1. *D. de pœ.* Quamobrem nec hi institui possunt heredes, tanquam peregrini. *L.* 1. *C. de her. inst. dict. L. sunt quidam*, *de pœ.* In eadem caussa sunt hæretici; non omnes, sed ii, de quibus cantum est nominatim *L. Manichæos*, *& L. Arriani. C. de hær. & Mani.* quibus etiam constitutionibus vetantur quidquam capere ex testamento reliquorum civium. Non alia de caussa, quam quod in numero civium non habentur: inde exampti constitutionibus. Quod intelligimus ex *d. L. Manichæos.* Ubi vetantur quidquam commune habere cum cæteris. Qui cum cæteris commune nihil habent, hi sunt, qui juris civilis communionem non habent; seu qui non habent ea, quæ sunt juris civilis. Atqui hi sunt, qui dicuntur ἀπόλιδες, quo in genere sunt deportati *d. L. sunt quidam*, *de pœ.* Eodem numero cum hæreticis superioribus sunt apostatæ, idest, qui in totum a fide christiana defecerunt. De quibus cantum in *L.* 1. *L.* 3. *C. de aposta.*

XXV. Reliqui sunt cives Romani, & civium Romanorum servi: cum quibus conditione personæ testamenti factio est: qui & ipsi propterea heredes institui possunt. Sed tamen & ex hoc numero certis de caussis quidam excepti sunt: ut neque omnes cives Romani indistinctæ possint institui, neque omnes servi nostri, quamvis servi civium Romanorum. Ex civibus Romanis quidam sunt, qui cum conditione personæ testamenti factionem habeant, & possint heredes institui, tamen non sine exceptione possint. Quorum quatuor sunt species.

XXVI. Prima est eorum, qui a quibusdam institui omnino non possunt, nec quidquam ex eorum testamento capere. Id vica mutua constitutum inter eos, qui incestas & vetitas nuptias contraxerunt, & inter hos, ac liberos inde procreatos; ut neque vir mulieri, neque mulier viro, neque uterque iis, qui inde editi sint, relinquere quidquam possit. *L. si quis incest. C. de inc. nup.* Secunda eorum, qui possunt per se institui in solidum, & ab omnibus; sed certo quodam modo & certa adita caussa non possunt. Is est [14] princeps: qui institui ab omnibus, & quovis alio modo potest, ut privati possunt. *L. non dubium*, *C. de testa.* uno hoc modo non potest, ut litis caussa instituatur. §. *ult. Inst. quib. mod. test. inf.* Ratio reddita in *L. pen. D. de her. inst.* quia invidiosum est principi, & calumniæ materiam præbet. Invidiosum est, quod nihil æque invidiam creet potentibus, quam si ostendere velint in caussa tenuiorum, quid possint. Calumniæ materiam habet, quia facile improbissimi quique calumniosam litem intentaturi sint, in qua & sperent se heredesve suos caussam obtinere posse per principem, si semel recipi cœperit, ut ejus litis caussa principem instituere heredem liceat.

XXVII. Tertia eorum, qui sine exceptione & per se, & quovis modo ab omnibus institui possunt, sed non solidum ex quorundam testamento capere, quales plerique commemorantur in fragmentis [15] Ulpiani Tit. de *solidi capacitate*; *& præcedenti.* Id jus hodie in cæteris personis sublatum ex libris nostris, qui jus civile continent; solum mansit in naturalibus liberis, qui suscepti sunt ex ea muliere, cum qua connubium fuit. Hi ab omnibus instituti solidum capere [16] possunt, præter quam a patre naturali. De quo cautum

est

14) Et ita exceptio hic est regulæ, quæ in *L.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. ca.* Duar. *h. t. c.* 2. reprobans interpretationem: Connen. 10. *Comm.* 6. n. 6. quasi hanc institutionem fieri non debere admoneat tantum ICt. si tamen fiat, inutilem esse non statuet. De Principis institutione quando non subsistat late Ant. Fab. 68. *de Err. Prag.* 3. *& seqq.*

15) Imprimis autem cœlibes & orbi. Quarum illi ex *L. Julia & Papia de maritand. ordinib.* nihil capere poterant, nisi genere proximi essent: ita tamen nisi intra 100. dies legi parerent Ulp. *tit.* 17. Hi vero ab extranea non nisi dimidiam partem relictorum capiebant; altera fiebat caduca. Conjux vero conjugi non nisi decimam relinquere poterat Ulp. *tit.* 15. ex lege decimaria, tublata *L.* 2. *C. de infirm. pœn. cœlib.* vid. Balduin. *de Lege Julia Papia Poppæa* Goth. *ad Ulp. tit.* 15. *&* 2. *seq.* Olim & generatim mulieres, etiam filiæ, supra quadrantem institui vetabantur lege Voconia, de qua Cic. *Verrina* 3 *& in eam* Ascon. *p. m.* 40. quæ & majorem centum millibus nummum hereditatem fœminis adire vetuit Dion. *Lib.* 56. *p. m.* 576. vid. P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I. n.* 2. F. Greg. 42. *Synt.* 35. *n.* 17. Eam legem suasit Cato Cic. *in Senect.* Agell. 7. *Noct.* 13. *& Lib.* 17. *C.* 6. ut muliebrem insolentiam, cujus is acerrimus hostis, compesceret. Balduin. *de Lege Voconia.*

16) Etiam olim *L. Lucius* 45. *de vulg. L.* 16. §. 2. *de his quæ ut indign.* Zas. *in d. L.* 45. Hot. *Disp. de spur. c.* 3. Tomiug. *Decis.* 48. *n.* 16. Nam quod Alc. 4. Parerg. 6. putat nothos olim jure civitatis caruisse per Nov. 89. *pr.* licet probetur a Fabro. *ad. L.* 17. *de sta. hom. &* 1. *Jurispr.* 3. *Pr.* 4. *& Tit.* 9. *Pr.* 2. *Ill.* 1. ubi totis viribus contendit olim omnino institui non potuisse, & nec hodie posse ab extraneis, ei tamen non assentior. Nam certe constat, illos matris conditionem sequi: atque ita liberos esse *L.* 24. *de Sta. hom.* Ergo & cives per *L.* 17. *de stat. hom. & per* §. *ult. I. de libertin. in fi.* ubi sola civitas Romana dicitur esse libertos. 2. In decuriones adlegi poterant *L.* 3. § 2. *L.* 6. *de decur.* Hot. *d. c.* 3. 3. Matri & cognatis maternis jam olim semper successerunt, ut & hi illis *L.* 2. *& L.* 4. *D. Unde cogn.* Non civibus autem nec successio intestati obvenit Obiicitur *d. Novella* 89. *pr.* ubi ante Constantinum dicitur naturalium nomen fuisse παντελῶς ἀλλότριον τῦ πολιτεύματος, omnino alienum a jure civitatis. Zas. *in d. L.* 45. n. 3. audacter id non esse verum. Etsi Justinianus cum omni sua aula dixisset. Se ICto *in d. L* 45. plus credere, quam Justiniano. Si concubinatus ante Constantinum receptus, etiam spuriorum nomen, quia qui vult antecedens &c. Sed modestius egamus, Hot. *d. C.* 3. ibi id duntaxat jus in-

est *Novell. quib. mod. nat. eff. sui §. discretis*, ad hanc summam: ut si testator habeat filios legitimos, filiis naturalibus non amplius possit relinquere, quam unciam unam; sed nec amplius his, & matri ipsorum, si simul cum matre instituantur. Sin testatori sint tantum parentes, liceat ei filios naturales instituere ex octo unciis: ut reliquæ quatuor relinquantur parentibus nomine legitimæ portionis: quæ ex constitutione Novella Justiniani cœpit esse triens, idest, quatuor unciæ hereditatis. *Novell. de tri. & sem.* §. 1. Quod si neque liberi legitimi neque parentes testatori sint, placet [17] filios naturales ab eo in solidum institui posse. Eadem in matrem licet conferre iisdem conditionibus: uno hoc excepto, quod cum testator liberos legitimos habet, placet matrem liberorum naturalium non posse capere ex testamento ejus, nisi dimidiam unciam, etiamsi nulli liberi naturales supersint, qui illi alteram dimidiam auferant, ut est in dict. §. *discretis*.

XXVIII. Postrema species est eorum, qui in solidum possunt a quibusvis, & quovis modo heredes institui; sed a quibusdam instituti ita fiunt heredes, ut hereditas his auferatur ut indignis, & vindicetur fisco. Quod accidit, cum mulier adulterio cognita est. Nam sive ea virum, a quo est cognita, instituat heredem, sive vir illam, hereditas aufertur instituto, & ad fiscum pertinet. *L. Claudius, L. mulierem, seq. D. de his, quæ ut ind.*

XXIX. Sed nec servi civium Romanorum omnes institui possunt. Duo genera servorum propriorum excepta. Primum servus adulterio cum domina [18] maculatus. Is vetatur constitutionibus a domina manumitti. Unde intellectum est, vetari eum quoque a domina heredem institui. Non enim potuit institui sine libertate. §. *est tamen. Inst. de her. inst.* Alterum genus est eorum servorum, qui sunt ejus domini, qui solvendo non est. Nam lege Ælia Sentia prohibetur dominus, qui solvendo non est, servos suos in fraudem creditorum manumittere. Eoque & heredes instituere testamento, cum, ut dixi, non possit instituere nisi cum libertate. Solum hoc ei permissum est, ut possit unum servum heredem instituere ita, ut liber fiat, heresque ei solus & necessarius. Qui locus explicatur in *Inst. quib. ex cau. man. non lic. in pr.* & deinceps. Ad quam speciem pleraque capita referuntur in Pandectis sub Tit. *de her. inst.* quæ legendo facile notari possunt: quo ex genere *L.* 55. 57. 83. 88. *eod. Tit.*

XXX. Quæ tamen de his, qui heredes institui non possunt, hucusque diximus, omnia sic accipienda sunt, ut frustra sit institutio, si hi instituti sint pure, & simpliciter. Quod si instituantur sub conditione, *si capere poterunt*, vel *cum capere poterunt*: benigne receptum est, valere institutionem. *L. in tempus. D. de her. inst.* Ut, si deportatus institutus sit hac conditione, valeat institutio, & admit-

telligi, quod ex agnatione per *d. l.* 4. *D. Unde cogn.* Puto ego πολίτευμα in *d. Nov.* 89. *pr.* non significare jus civitatis, sicuti cum Apostolus *ad Philip.* 3. *v.* 20. scribit: πολίτευμα nostrum esse in cœlis, sed rempublicam, ut redditum est in versione vulgata, quæ & proprie illius vocis significatio. Jo. Scapula in *Lexico*. Secus hic. Non magnæ curæ fuerunt priscis legum latoribus filii nothi, & naturales, nec de iis quidquam quoad successionem disposuerunt. Unde sequitur, illos ante Constantinum habuisse testamenti factionem, non autem successionem intestati. Et illam quidem, ut ex cujusvis, etiam parentum testamento (si nihil aliud obstaret) ex asse heredes scribi possent, ut recte Cujac. ad 2. *partem Nov.* 22. Postquam enim activa testamenti factio cuivis patrifamilias ex L. 12. tabb. passiva salvis civi *L.* 1. *pr.* ibi: *quicunque civis Rom. civi Romano legare volet &c. ad L. Falc.* generatim concessa erat. Inter cives autem essent, & illegitime nati, consequens, ut, & cum his fuerit testamenti factio: modo alia specialis lex jus capiendi non ademerit. Sic enim ne orbi, cœlibes, mulieres, &c. solidum capere possent vid. *N. præceden.* disertis sanctionibus & LL. Julia Papia, decimaria, Voconia cautum erat. Nulla autem omnino constitutio ante Constantinum quæ quidquam de spuriis disponeret, ipsomet Imp. Justiniano teste *d. Nov.* 89. *pr.* Alia ratio successionis intestati. Hæc cum lege obveniat, nulli competit, nisi cui lex defert. Defert autem lex non simpliciter civi Romano, sed illi civi, qui ejus, cui succeditur, est filius, parens, agnatus. Quare a successione paterna & cognatorum non tam LL. veteres removerunt naturales, quam non vocarunt, quod nec filius esset; cum pater ex jure extra nuptias non sit, nec agnatus. Sicuti & emancipatum jus civile non vocat, nec ulla lex lata ad emancipatum excludendum, qui eo ipso satis exclusus, quod non vocaretur § 9. *I. de hered. ab intest. & simil.* Postea autem Prætor, uti filium emancipatum ad patris successionem vocat bonorum possessione admisit, ita & naturalem, non quidem ad patris naturalis, sed matris & cognatorum *L.* 2. *Unde cognati.* Et ita licet naturalium nomen Romanæ legislationi, & Constitutionibus non esset cura, ut *d. Nov.* 89. loquitur, curæ tamen erat, aliquatenus saltem, prætori *d. L.* 2. & *L.* 4. *Unde cogn.* Quæ non pugnant. Prætor enim jus condendæ legis nunquam habuit. Turamin. *Lib. sign. de LL. P.* 2. *c.* 3. *n* 33. & *seqq.* vid. *not. sup. Cap.* 8. *n.* 9. *Lib.* 1. Jus igitur ante Constantinum hoc ut ex testamento naturales. Libere cujvis, sive extraneo sive parenti (non tamen ut parenti) naturali: ab intestato vero nec patri (quippe qui jure nullus esset) nec cognatis heredes esse possent, a prætore tamen ad bonorum possessionem matris & cognati vocarentur. Constantinus autem capiendi ex testamento parentum licentiam non induxit: sed restrinxit in *L.* 1. *C. de natural. lib. lib.* ut & Arcad. & Honor. *in L.* 2 *C. d. l.* quod & ex intentione ipsorum, quæ fuit coercere hoc ratione, & reprimere vagas libidines, & ex ipsis LL. verbis non obscurum est. Quo ad institutiones autem extraneorum nihil innovarunt. Sequentes deinde Impp. leniores & Justinianus etiam benignior fuit spuriis: ut, & quod veteres LL. non sinebant, interdum hereditatis intestati partem illis acquirere permitteret *L.* 4. 5. 6. 7. 8. & *Auth. licet C. de natural. lib. d. Nov.* 89. *c.* 12. & 15. Et ita videtur.

17) De spuriorum institutione a parente facta tuse Simon de Pratis *Lib.* 3. *de Interpr. ult. volunt. Interpr* 1. *Dubitat.* 3. *Solut.* 2. *tota* P. Greg. 42. *Synt.* 35. *n.* 6. & *seqq.* Vasq. 3. *Ill. Contr.* 112. *n.* 7. & *seqq.*

18) *L.* 45 §. 2. *h. t.* Ratio ne ante judicium adulterii terminatum torturæ subducatur. Hot. *in pr. I. h.*

Digitized by Google

mittatur institutus ad hereditatem, quandocumque institutus civis Romanus esse cœperit. Idem & de cæteris intelligendum est; ut iis, qui judicati sunt hostes, ut Manichæis, Arrianis, apostatis: qui rursum aut restitutione principis, aut conversione vitæ in civitatem redierint. Idque est, quod dicitur, regulam Catonianam, quæ vult quod ab initio non valuit, tempore non confirmari, ad conditionales institutiones non pertinere. *L. 1. L. pen. D. de reg. Cat.*

XXXI. Quid tamen, si isti omnes pure instituti sint, & sine superiore conditione, cum capere poterunt? Hic quæsitum est de vi institutionis: utrum scilicet perinde habendi sint, quasi omnino instituti non essent, nec quidquam noceat institutio iis, ad quos sine horum institutione perveniret hereditas; an vero, quasi his non recte institutis, hereditas ad fiscum pertineat. Non enim de his idem constitutum videtur.

XXXII. Et de servo ejus, qui capere non potest, ita placet, ut, quamvis pure sit institutus, tamen institutio valeat, ut vel alienatus, vel manumissus admittatur ad hereditatem. *L. si servus 82. D. de acq. her.* Quod sane non alia ratione defenditur, quam quod in hac institutione inest tacite hæc conditio ex sententia testatoris servo consultum volentis, ut, *si maneat eodem statu*, acquirat hereditatem præsenti domino, si potest, *si alienetur*, acquirat novo domino: *si manumittatur*, acquirat sibi, ut supra diximus. *L. si paterfamilias D. de her. inst.*

XXXIII. De deportatis, qui ipsi liberi sunt (quod ad omnes peregrinos pertineat) scriptum est in *L. 1. C. de her. inst.* eos, qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrinos capere non posse: sed hereditatem in ea caussa esse, in qua esset, si scripti heredes non fuissent. At si hi scripti non essent, hic esset ordo futurus, ut, si alii scripti essent, soli essent heredes. Si nulli alii essent scripti, aut non extitissent heredes, hereditas pertineret ad legitimos. *L. in plurium, D. de acq. her. L. 1. D. si tab. test. nul. ext.* nec prius invitaretur fiscus, quam isti omnes, exclusi essent. *L. 1. in pr. & §. qui semel D. de success. edict.* Quare, & deportatis heredibus institutis, idem exitus futurus est. Eoque nec hereditas ad fiscum pertinebit. Idque & de heredibus, deque omnibus iis, qui pro non scriptis [19] habentur, diserte traditum est in *L. 3. D. de his, quæ pro non scrip. hab. L. unica, §. in primo, C. de cad. toll.*

XXXIV. Huic tamen sententiæ opponuntur loci duo, de quibus quam brevissime poterit, dispiciendum est. Primum *L. cum quidam, D. de his, quæ ut ind. au.* ubi ita scriptum est; *cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non poterat: quamvis institutio non valeret: heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jam pridem Senatus hereditatem.* Et diligenter verba priora observanda sunt: quæ recte expensa rem expedient. Non dicitur, *cum quidam scripsisset heredes, qui institui non poterant*: sed *quos instituere non poterat.* ἐμφατικῶς *quos ipse instituere non poterat*, ut intelligamus, agi de heredibus, qui conditione sua institui poterant: verum iis quos testator ob privatas caussas instituere non poterat. Qualis est is, qui instituit mulierem, quam adulterio cognoverat. In hujus & similium persona vere dicitur, hereditatem ut indignæ auferri, & vindicari fisco. *d. L. Claudius & L. mulierem, D. de his quæ ut ind.*

XXXV. Obstat præterea *L. si deportati 7. in pr. D. de leg. 3.* ubi scriptum est: *si deportati servo fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum id pertinere.* Licet hinc sic colligere: si fideicommissum deportati servo relictum ad fiscum pertinet: etiam huic servo hereditas relicta similiter ad fiscum pertinebit. Nam si fideicommissum servo deportati relictum, a deportato transfertur ad fiscum, absurdum est, dici hereditatem servo deportati relictam apud deportatum manere, nec ad fiscum transferri: cum fideicommissum citius manere debuerit, ut quod magis nitatur fide & jure gentium, quam jure civili: *Inst. de fid. her.* deportatus autem ea, quæ sunt juris gentium, habeat, non quæ juris civilis. *L. sunt quidam, D. de pœ.* Aut si dicemus, fideicommissum deportati servo relictum ideo transferri ad fiscum, quia primo in persona fisci constituerit: nihil caussæ dici potest, cur & hac ratione non dicamus, hereditatem ei servo relictam ad fiscum pertinere; quia cum servis alienis non minus est testamenti factio in institutione heredum, quam in legatis & fideicommissis. *L. non minus, D. de her. inst. §. legari, Inst. de legat.* Et hoc verum puto. Atqui hoc posito sic recte colligi videtur: si deportati servo relicta ad fiscum

19) Cujac. 7. Obs. 31. circ. fin. ubi tamen aliud esse dicit in fideicommissis tacitis & in fraudem legis relictis *L. 1. pr. de I. Fisci L. 3. C. ad l. Falc.* vid. & Alvar. Valasc. Tomo 1. Consult. 15.

Digitized by Google

fiscum pertinent; etiam quæ deportato ipsi relicta fuerint, ad fiscum pertinere. Quoniam quæ deportati servo relicta sunt, non alia de caussa valent, quam quod videantur deportato relicta: utpote ex cujus persona relictum valeat. *d. L. non minus, D. de her. inst.* ut sic plane intelligatur relictum, cum in persona deportati constitisset, sic deinde ab eo ad fiscum transferri. Quod si id, quod per alium relictum est deportato, ei aufertur, quia in eo constiterit: multo magis cum ei recta relictum erit, & consistet in eo, & ab eo ad fiscum transferetur. Ad hæc sit hoc responsum: Quæ deportati servo relicta sunt, valere, sive sit heres institutus, sive fideicommissum ei relictum, & valere hac lege, ut ad fiscum pertineat. Sed non ideo consequens esse, valere eodem modo, si quid relictum sit ipsi deportato. Recte ex priore colligeretur hoc posterius, si quidem deportati servo relictum ex persona deportati valeret, ut esset cum deportati servo testamenti factio ex persona deportati. Quod secus est. Deportati servus, qui forte illi post deportationem aliquo modo jure gentium quæsitus est (ut deportati habent ea, quæ sunt juris gentium. *d. L. sunt quidam, D. de pœn.*) hic, inquam, servus vere per omnia deportati non est, sed fisci. Etsi enim deportatus hunc habet, eoque utitur, fruitur pro domino, quamdiu vivit, usque adeo, ut possit alienare, ut dicitur in *d. L. si deportati*, & manumittere; ut utrunque videtur significari in *L. si servus ejus*, 82. *D. de acq. her.* tamen, mortuo eo, & servus, & cætera ejus bona, si quæ post priorem publicationem bonorum acquisivit, iterum redeunt ad [10] fiscum, & hoc modo publicantur: ut effectu fiscus in his quæ supersunt, vere sit dominus. *L. 2. C. de bon. proscrip.*

XXXVI. Quod ergo servo deportati relictum ad fiscum pertinet, non eo fit, quasi relictum sit deportato, ut inde auferatur tanquam indigno, & fisco vindicetur: sed magis quasi relictum fisco vere domino; qua de caussa & legatum fisco acquiritur, ut solent res cæteræ per servos dominis acquiri. Quod, si deportato relictum non intelligitur: ne hinc quidem colligi potest, quia deportati servo relictum pertinet ad fiscum ideo & relictum deportato ad fiscum pertinere. Manebit igitur, eos, quos diximus, non posse institui heredes: si instituantur, sic pro non scriptis haberi, ut institutio nihil egerit; nihil noceat, inquam, aut substitutis, aut aliis coheredibus, aut heredibus legitimis: denique hereditas ad fiscum non pertineat. Præterquam si servus institutus sit ejus, qui capere non poterat: aut instituti cives ii, qui ideo institui non potuerunt, quia testator privatis de caussis instituere eos prohibebatur, juxta ea, quæ de hac specie supra diximus.

XXXVII. Qui in supra scripta caussa non sunt, id est, qui sunt cives Romani, aut Romanorum civium servi, qui iidem non sint in numero eorum, quos ex utroque genere excepimus, omnes recte & utiliter institui possunt. Etiamne qui testamentum facere non possunt, ut furiosus, prodigus, pupillus, filiusfamilias? Etiam. Nihil enim prohibet, quominus qui testamentum facere, aut testamento dare non potest, possit ex alieno testamento acquirere. *L. filiusfamilias, D. qui test. fac.* Atqui hi testamenti faciendi jus non habere dicuntur. *L. qui in potestate. L. si filiusfamilias, D. qui test. fac. pos.* Quod nihil aliud est, quam eos testamenti factionem non habere. *§. testamenti autem. Inst. de her. qual. & diff.* Non possunt autem heredes institui, nisi ii, cum quibus testamenti factio est, ut diximus: seu qui iidem testamenti factionem habent. Sed non pugnant hæc inter se: habent enim isti testamenti factionem, & non habent, diverso sensu in his verbis usitato. Non habent testamenti factionem, ut faciant ipsi testamentum. Iidem habent testamenti factionem, quia habent cum aliis constitutum, quo ex eorum testamentis capiant. Quæ ambiguitas verbi sic explicatur in *d. §. testamenti autem, de her. qual. & diff. d. L. filiusfamilias, D. qui test. fac.*

XXXVIII. Hoc loco de quibusdam generibus dubitatum olim fuit: in summa tribus: de *incertis personis*; de *homine*

10) Hæc solutio non satisfacit. Ut enim quis per servum acquirat hereditatem, requiritur ut sit dominus, non ut aliquando fore speretur. Hic autem in præsenti vere dominus est deportatus, cum manumittere possit, qui proprietatis dominii effectus est. Fisci igitur servum esse dicere non potest, nisi qui concursum dominii (ut sic loquar) duorum in eodem servo admittere velit. Convenientius fore dici potest, hoc legatum sustineri ceu sub conditione tacita, cum *ipse capere poterit, vel alii acquirere*; quamquam & hoc difficultate non vacare fateri nequeo. Conn. 2. *Comm.* 3. n. 10. accipit *d. L.* 7. de relicto servo civis, qui post testamentum conditum deportatus. Quod verba vix admittunt. Novam interpretationem *d. L.* 7. post hæc scripta legi apud A. Fab. 74. *Err. Pragm.* 8. *& seq.* ad fiscum pertinere non a die mortis, sed ea caussa ac tempore, qua in fisco acquiretur, deportato videlicet citra restitutionem, defuncto.

mine testatori penitus ignoto; de *publicis corporibus*, ut civitatibus; vicis; collegiis. Fuitque tempus, cum hi omnes non omnibus viderentur heredes instituí posse. De quibus hodie & jus certum est, & vetus dubitatio sublata.

XXXIX. Primum de incertis personis, certo placebat olim, his relinqui nihil posse; quia judicarent veteres, oportere certum esse judicium testatoris. *L. qui in testamento. D. qui test. fac. pos.* Ulp. *in fragmentis*, Tit. *qui her. inst. pos.* qui locus explicatur in §. *incertis vero. & seqq. Inst. de legat.* Justinianus hoc jus emendavit, effecitque, ut omnibus incertis [21] relinqui posset. Id enim significat in §. *sed nec hujusmodi. Inst. de legat.* uti profitetur se hanc speciem non sine justa emendatione reliquisse: sed se ei parti remedium attulisse non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis. Item in §. *incertis vero. eod. Tit.* ubi scribit, incertis personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum fuisse. Frustra dicit, *olim non fuisse concessum*, si nec hodie concessum est.

XL. Quæsitum etiam: an *ignotus testatori*, & maxime si sit *extraneus*, heres possit institui? Dubitatio ex priore jure nata. Videri enim possit, incerta persona esse, de qua testator certum non habuit. Et jam olim obtinuit institui posse quamvis extraneum, & penitus ignotum. §. *ult. Inst. de her. inst. L. extraneum. 2. C. eod.* Certa enim persona hic designatur, licet testatori ignota. Veluti, si instituat *Titii filios* [22] *peregrinantes*, quos numquam vidit. Quo exemplo Justinianus utitur in *d. §. ult. de her. inst.*

XLI. Ex eadem caussa vetus dubitatio fuit, an *civitates*, *municipia*, *vici*, *collegia* heredes institui possent. Et quasi hæc quoque incerta corpora essent, quam rationem Ulpianus reddit in fragmentis, placebat instituti [23] non posse. Tantum Senatusconsulto illis concessum erat, ut a libertis suis heredes institui possent. Item ut fideicommissa hereditas his relinqui. Auctor Ulpianus *d. Tit. qui hered. inst. pos.* significatur idem in *L. omnibus L. 6. §. si fisco. D. ad S. C. Treb.* Hodie quibuscumque constitutionibus, & quandocumque primum id effectum sit, certe constat & *civitates*, & *collegia licita* instituí [24] posse. *L. hereditatis, L. collegium C. de her. inst.* Omnia ergo hæc corpora recte instituuntur, quia in his intelliguntur instituí cives Romani; cum quibus est testamenti factio. Ut jam summa huc redeat: cives omnes Romanos præter eos, qui supra expositi sunt, recte heredes institui, tam *ignotos* quam *notos*, & tam *incertos*, quam *certos*.

XLII. Sed possunt qui cives Romani ab initio recte instituti heredes erant, postea, vivo adhuc testatore, aut saltem ante aditam hereditatem, fieri peregrini. Quæritur ergo hoc loco, si civis Romanus recte initio institutus heres, postea deportetur in insulam, aut damnatur in opus publicum, aut quid eorum ei contingat, propter quæ peregrinum fieri, & heredem institui non posse diximus, deinde restituatur in civitatem: utrum dicendum sit, institutionem valere, quia nunc cœperit iterum civis Romanus esse, cum quo testamenti factio est? An vero non valere, quia aliquando civis Romanus esse desierit, id est quia semel redierit institutio in eum locum, a quo incipere non poterat? Ad hoc explicandum hæc definitio tradita est a veteribus, omninoque ad hunc locum atque hunc usum ea referri debet: in extraneis heredibus hoc observari, ut sit cum eis

testa-

21 Quod non video quomodo conveniat ei, quod noster tradit infra *h. Lib. Cap.* 21. heredem debere certo demonstrari, multo minus quomodo juris rationi certum testantis judicium exigenti. Et denique textui, *L.* 24. *C. de Epis. & Cler.* quæ lex per constitutionem Justiniani (cujus mentio in *d.* §. 27. 1. *de Leg.* quæque priori Codici inserta fuit, & in iterata editione omissa, hodieque non habetur. Toramin. post olim *de Exerc. Leg. C.* 3. *n.* 14.) abrogata dici non potest: cum solæ constitutiones Codici novo insertæ jus vetus emendent. Puto igitur, personam plane incertam, nec hodie institui posse, quando videlicet incertitudo est circa personam ipsam; licet postea ex eventu certa reddatur ut: *Qui primus ad funus venerit, qui filiam meam duxerit.* Potest autem incertus, id est ignotus, si incertitudo circa accidentia personæ, ut si quem de facie non novit testator, fama, virtute, consanguinitate ipsi notus sit. Ant. Math. *in Not.* §. *ultim. Inst. h. t.* Arumæ. *Exerc. Justin.* 8. *Thes.* 6. Obrect. *Disput.* 20. *n.* 277. vid. Popp. ab Æremo 2. *Disser.* 19. Nam & non sine vitio hoc Justinianus *in d.* §. *ult.* (ubi de ignoti institutione tractat) omisisset; cum hoc esset multo dignius. Et *d.* §. 27. *I. de legat.* loquitur de institutione, & legatis postumo relictis. Et non ita valida est argumentatio ex §. 25. *I. de legat.* ut correctionem juris, quæ aperta fieri debet, inducat.

22) Hot. & Cujac. *in d.* §. *ult. I. h.* ac Pithœ. *in Not. Tit.* 15. *coll. LL. Mosaic. pag.* 116. legunt in *d.* §. *ultim.* peregrinatos, quia *peregri*, significat in loco, ut peregre ad locum; Charis. *Lib.* 2. Plaut. *in Prologo Amphitr.* Sed non probabile est Justinianum veteri illo, & comico verbo usum fuisse. Nihilque est quod vulgatæ lectioni obsistat, cum & Theoph. *ibid.* verterit. ἐπὶ ξένης διάγοντας, Christoph. Coler. *Parerg.* c. 38.

23) Ulp. *tit.* 22. §. 5. vid. Duaren. *h. t.* c. 2. Cujac. 6. *Obs.* 30. *cir. fin.* Hotom. *in* §. 5. *I. h. t.* Guid. Forner. 1. *Select.* 28. & Radulf. Forner. 2. *Rer. quotid.* 11.

24) Idem est de pauperibus dispositum *L.* 24. *de Episc. & Cler. c. si pater de testam. in* 6. Vid. P. Gregor. 42. *Synt.* 35. *num.* 4. Ant. de Padilla *ad L.* 24. *de Leg.* 2. Olim etiam Ecclesiæ & Clericis nec hereditatem, nec legata relinqui potuisse probat, *ex L.* 20. *L.* 27. *C. Th. Lib.* 16. *Tit.* 2. Forner. *d.* 28. Contra hodie *L.* 1. *C. de SS. Eccles. & simil.* vid Popp. ab Æremo 1. *Dissert.* 8.

Digitized by Google

testamenti factio [25] tribus temporibus: *testamenti facti*, *mortis testatoris*, *& quo hereditas aditur.* [26] media tempora non nocera. *L. si alienum.* 49. §. 1. *L.* 6. §. *solemus*, *D. de her. inst.* §. *in extraneis*, *Inst. de her. qual. & diff.* Definitionis hæc vis est, ut, si is, qui exempli gratia, deportatus est, ab initio sit institutus, nulla sit institutio; quamvis postea, vivo testatore, civis Romanus factus perpetuo eodem statu manserit: scilicet quia quæ ab initio non valuit institutio; tractu temporis convalescere non potest ex regula Catoniana. *L. quæ initio.* L. *quod ab initio.* D. *de regul. jur.* L. 1. *de reg. Cat.* Idem juris est, etsi civis Romanus recte institutus, deinde vivo testatore deportatus, eadem conditione sit moriante testatore: quia hoc tempus sit, quo institutio, & reliqua voluntas suprema exitum habet, ex definitione testamenti: ut pruinde hoc maxime tempus ad voluntatem confirmandam pertineat. *d. L. si alienum*, §. 1. *de her. inst.* Idem est, si quis, mortuo testatore, deportatus sit nondum adita hereditate, deinde hoc statu adeat hereditatem. Dicimus, frustra aditam, eoque nec deportatum heredem futurum, aut per hunc hereditatem ad fiscum pervenire: cum hereditas ad deportatum non pertinuerit. Idque ideo, quia priora tempora sunt aa, quibus a testatore defertur heraditas: posterius id, quo delata ab herede suscipitur: ut non minus & hoc tempus pertineat ad hereditatem acquirendam, eoque & similiter exigatur recte, ut sit eo tempore cum herede testamenti factio. *d. L. si alienum* §. 1. §. *in extraneis. de her. inst.* Cum autam dicimus eo modo hoc tempore hereditatam frustra adiri: hoc dicimus, quamvis hic heras, qui deportatus adiit, postea restituatur a Principe, tamen heredem non futurum, si postea non adeat, & ita moriatur: quia prior aditio nullius momenti fuerit. Quæ res facit, ut moriens nec transmittat hereditatem ad heredes: juxta regulam juris antiqui, hereditatem non aditam non transmitti. *L. unica.* §. *in novissimo*, *C. de cad. tol.* Quod si civis Romanus recte institutus, vivo testatore, deportatus est; & rursum vivo testatore restitutus, utilis manet institutio, quæ in nullum tempus incidit eorum, quæ sola ad vim institutionis & acquisitionis hereditatis necessario spectanda esse diximus. Idemque est, si, mortuo testatore, eadem contigarint heredi instituto, deinde restitutus adeat hereditatem. *d. L.* 6. §. *solemus*, *D. de her. inst.*

XLIII. Illud animavertendum, superius definitum esse de heradibus extraneis. Hoc ideo, quia ad necessarius, itemque suos, & necessarios non pertinet: quæ herednm distinctio est, exposita *Inst. de her. qual. & diff.* statim a principio. In his posterioribus duo tempora spectamus, ut sit cum eis testamenti factio, *testamenti facti*, *& mortis testatoris*: quia qualescumque herades instituantur, & quidquid est quod testamento relinquatur, semper priore tempora consistere debet relictum, & posteriore effectum habere. At in suis, itemque necessariis spectantur hæc duo dumtaxat: non tertium, quo hereditas aditur; quia hoc tempus in his heredibus nullum est. Mortuo enim testatore fiunt statim heredes sine ulla aditione. Quippe ipso jure, & sive velint, sive nolint. *Inst. de her. qual. & diff. in pr. &* §. *sui*, *item* §. *sui*, *Inst. de here. quæ ab int. def.*

CAP.

25) Ita & a Fab. 10. *Conject.* 18. Si autem conditionalis institutio pro tempore mortis spectatur tempus eveniendæ conditionis, *L.* 69. §. 1. *in fin. L.* 59. §. 4. *h. t.* nec recte Cujac. 4. *Obs.* 4. volens in conditionali solum tempus existentis conditionis spectari per *d. l.* 59. § 4. ex quo tamen refellitur. Vid. Ant. Fab. 12. *Conject.* 9. & not. infra *Lib.* 8. *Cap.* 13.

26) *Vid.* Duar. 2. *Disput.* 56. Walth. 2. *Misc.* 15.

Digitized by Google

CAP. XVIII.

Quomodo heredes institui possint. Et quod in hoc genere primum animadvertendum est, quæ institutioni vitiose adjiciantur ita, ut sola habeantur pro non scriptis dictisve: quo fiat, ut, his detractis, salva maneat institutio. Tria hæc esse, Diem, Impossibilem conditionem, Rem certam, ex qua quis sit heres institutus: & quæ totius hujus juris ratio.

Quæ institutioni vitiose adjiciuntur partim eam vitiant, partim non. I.
Non vitiant: dies, conditio impossibilis, res certa. II.
Heres ex die institui non potest. III.
Contrariis occurritur. IV. V. seqq.
In contractibus dies utiliter adjicitur. Cur non etiam in testamentis? VI.
Cur sub conditione heres institui licet, ex die non liceat? VII. VIII.
Item nec ad diem certam, neque ad incertum. IX.
Dies adjecta institutioni pro non adjecta habetur. X. XI.
Item conditio impossibilis; non tamen si filius instituatur. XII.
Impossibilis conditio vel talis est natura, *vel* jure XIII.
Natura, cui hæc impedimento est, quominus existat. XIV.
Jure; quæ legibus, & bonis moribus est contraria XV.
Huic sententiæ de impossibili conditione non obstare nec voluntatem testatoris, neque exemplum contractuum. Quare. XVI. XVII.
Institutus ex re certa, si solus, institutio valet, detracta fundi mentione. XVIII.
Si plures similiter ex re certa, adjectio ad hereditatem inutilis valet ad rerum divisionem. XIX.
Ex duobus institutis, unus ex re certa, alter simpliciter, vel ex parte, eum, qui ex re certa, legatarii *loco haberi.* XX.
Hæc, quæ pugnantia inter se videntur, ex testatoris voluntate conciliari. XXI. XXII.

I. UT non omnes heredes institui possunt: sic nec quovis [1] modo. Modus spectatur in iis, quæ institutioni adjiciuntur. Quorum quædam adjiciuntur vitiose, quia adjici prohibentur: atque hoc modo heredem instituere non licet. Sed quæ ejusmodi sunt, non omnia sunt in eadem caussa. Eorum duo genera sunt, longe dissimili inter se effectu. Quædam enim sic improbantur, ut improbentur sola; quamobrem & rejiciantur, nec habeantur pro adjectis: cæterum, his detractis, salva sit institutio. Quædam ita, ut non solum ipsa adjiciantur vitiose, sed etiam una secum totam vitient institutionem.

II. Quæ ita improbantur, ut sola pro non scriptis habeantur, tria sunt: [2] dies: conditio impossibilis; res certa, ex qua quis sit heres institutus.

III. De die sic jus est. Nemo ex die heres institui potest, aut ad diem, vel ad conditionem. Veluti: *Titius post quinquennium, quam moriar, heres esto; vel usque ad decem annos heres esto*; vel *heres esto, donec navis ex Asia venerit.* Sed, vitio temporis sublato, pura institutio est: & cum cœperit, perpetua. §. *heres, Inst. de her. inst. L. hereditas ex die.* 34. *D. eod.* Primum hic dicimus, heredem ex die institui non posse. Diem accipere debemus certum, ut expressum est in *d.* §. *heres*, tametsi nihil adjicitur in *d. L. hereditas ex die.* Ex die incerto recte heres instituitur. Veluti, *illo, cum capere poterit, heres esto.* L. in tempus, D. de her. inst. *ille post mortem filii mei heres esto.* L. qui filio, D. eod. nam dies incertus conditionem facit, & in testamentis, & in contractibus. *L. dies, D. de cond. & dem. L. si Titio, D. quan. di. leg. ced. L. quodcumque §. pen. D.* de

1) Vult. in §. *pen. I. h. t. n.* 3. *& seqq.* Institutio, sit, duplex. Pura, & Mixta. Et vel adiectione diei, qui, si certus, sive ad diem instituatur, ut postea heres esse desinat, sive in diem, ut tunc incipiat, adiectio vitiosa (licet quandoque fieri possit tacite.) Sin incertus ex. g. *Cum Cajus morietur, cum capere poterit,* utilis *L.* 62. *D. L.* 9. *C. h.* Vel adjectione conditionis, quæ vel possibilis, vel impossibilis Utraque natura vel lege. Possibilis vel simplex, eaque rursus potestativa, casualis, vel mista. Exempl. gr. *Titius heres esto, si gradum Doctoralus acceperit. &c.*

2) Institutio nominatim diem non recipit, tacite tamen recipit. Ut si servus ex die liber esse jussus, pure instituatur. *l.* 9. §. *pen. h. t.* Hot *ad* §. 9. *I. h. t.* vid. & Cujac. 3. *Obs.* 34. *&* 2. *ad Afric. in L.* 33. *de vulg.* Dauth. *de Testam. n.* 290. *& seq.* ubi de sententia *L.* 9. *C. h. t.*

de verb. obl. Constat autem, heredem sub conditione recte institui. *d.* §. *heres*, de quo postea. Sed tamen hoc ipsum, quod dicitur, heredem ex *die certo* institui non posse, incidit in aliquas difficultates.

IV. Primum opponitur lex duodecim tabularum, toto jure recepta, qua ita cautum est: *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto.* Quæ lex pertinet maxime ad heredum institutiones. *L. verbis legis, D. de verb. signific.* Ergo quocumque ex die, quove cumque alio modo heres institutus sit, ex his verbis voluntas, & institutio rata erit. Et ita est: supremæ voluntates ratæ sunt ex lege tabularum: nisi quid excipiatur aliis legibus, & partibus juris, ut legem interpretatione coangustatam esse, vel legum auctoritate, vel jura constituentium diserte scriptum est in *dict. L. verbis legis.* Hoc autem exceptum inter cætera, ne quis ita testetur, ut pro parte rerum, vel temporis testatus decedat, & pro parte intestatus. *L. jus nostrum, D. de regul. jur.* Atqui, die adjecto institutioni, si diem valere volumus, eveniet, ut ante [8] diem defunctus intestatus decedat, per id tempus nullum heredem testamento scriptum habens: post diem autem incipiat ut heredem institutum habere, ita & esse testatus. Idque ita fieri in testamento militia, herede instituto ex die, eamque diei adjecti vim esse, scriptum est in *L. miles ita, D. de test. mil.* Id autem jus non patitur, præterquam in militia testamento, ut declaratur in dict. *L. miles ita.*

V. Quid tamen, si dicamus, cum testator heredem ex die instituit, eum hoc animo esse, ut institutus sit quidem etiam ante diem heres, sed differatur aditio hereditatis in diem? sic enim nihil adversus superiorem definitionem juris faciemus, & ita dici poterit servandam esse institutionem & diem. Sed si placet mentem testatoris hoc modo accipi, alia ratio institutionem rejiciet. Nam hoc sensu dies ob nullam caussam, & nullius commodo adjicietur. Id ubi fit, nudum præceptum est testatoris: cujus generis præcepta placet æque nullius esse momenti. *L. filiusfamilias*, 114. §. *Divi*, 2. *D. de leg.* 1. Quid dico autem diei dilationem in institutionibus heredum nulli esse utilem? Immo vero tantum abest, ut cuiquam sit utilis, ut sit etiam omnibus, ad quos aditio pertinet, maxime noxia: puta *heredibus, & creditoribus hereditariis.* Heredibus, quia interim commoda hereditaria omittere coguntur. Creditoribus, quia, hereditate non adita, non est, qui illis possit solvere. Quorum tamen interest statim habere eum, a quo suum consequantur. De heredibus legitimis nihil dico, quia volumus ad eos hanc adjectionem non pertinere. Nudum igitur præceptum est, ut dixi, ac propterea inutile. Sic fit, ut alterutra de causa dies institutioni adjiciatur inutiliter; vel quia ante diem placet, eum, qui institutus est, heredem non esse, & hactenus testatorem intestatum decessisse: vel quia placet heredem esse, sed non posse adire hereditatem, idque non modo nullo fructu, sed magno etiam omnium incommodo, ad quos res pertinet.

VI. Occurrit secundo loco exemplum contractuum & obligationum. In contractibus, & his, quæ inter vivos geruntur, ut conditio, sic dies adjici potest utiliter, ut voluntas contrahentium in eo servetur. §. *omnis, Inst. de verb. oblig.* Ergo multo magis hæc eadem institutioni adjecta servanda sunt propter supremam voluntatem. Nam supremas voluntates maxime præter cæteras servandas esse placet: atque adeo creditur, publice expedire, eas exitum habere. *L. 1. C. de. sacr. eccl. L. vel negare, D. quem test. ap.* Dicendum est diem in contractibus, & negotiis gerendis recte adjici; quia, eo adjecto, non fit, quominus quod promissum est, debeatur statim, & ante diem; & dum id fit, fit non inutiliter. Adjicitur enim dies debitoris caussa, cui etiam adfert solvendi dilationem. dict. §. *omnis. de verbor. oblig.* Contraria vis diei institutioni adjecti; qui si adjicitur ideo, ne institutus ante diem sit heres, testator fit pro parte intestatus, & pro parte testatus: quod jus civile non admittit. Sin ideo, ut qui institutus est; sit jam statim heres, sed hereditatem ei non liceat attingere ante diem, adjicitur dies nullius commodo. Quæ vera hujus diei in institutionibus rejiciendi caussa est. Argumento erit, quod cum in eodem testamento possit dies pariter, ut conditio, legatis adjici; non potest tamen adjici institutioni. Quippe quod dies adjectus legato prodest heredi ad dilationem, cui, ut omnibus debitoribus, utile est non statim solvere; in institutione ejus, quem here-

8) Successio heredis debet esse continua, nec ullo temporis spatio interrupta *L.* 54. *de acq. her.* ut, quo momento dominium a moriente recessit, eodem ad heredem accedat per *L.* 9. §. 2. *de Jure dol.* Hot. in §. 9. *I. h. t.* & *Fab.* 27. *de Err. Pragmat.* 1.

heredem esse concedamus, dilatio aditionis hereditatis plane est, ut dixi, omnibus inutilis.

VII. Postremo movet ex adverso. Exemplum conditionis. Constat enim heredem & sub conditione institui posse, quæ maxima dilatio est. *d. §. heres, Inst. de her. inst.* Cur non igitur liceat & instituere ex die, in quo minor est dilatio? Sic enim licet argumentari. Non debet, cui quod plus est licet, quod minus est non licere. *L. non debet cui, D. de reg. jur.* At licet testatori heredem instituere sub conditione, majorque dilatio in conditione est, quam in die. Etenim sub conditione institutum non modo ante conditionem exsistentem hereditatem adire non posse, sed nec omnino eredem esse, aut ad hereditatem vocari constat. Ex die autem institutus dici potest ante diem heres esse, sed tantum differri aditio in diem. Nam & ita fit in obligationibus, ut in diem quidem promissum statim debeatur: peti autem ante, quam dies venerit, non possit; quod autem promissum est sub conditione, non modo peti non possit prius, quam conditio exstiterit, sed nec omnino debeatur. *L. cedere, D. de ver. sig. L. centesimus, in pr. D. de verb. obl.* Quare & heredem ex die instituera, multo magis licere debere videtur. Respondeo, totum hoc recte conconcludi, ubi nulla res diem a conditione separat, nisi sola dilatio. Quod si aliæ res incidant, & quidem contrariæ, non recte comparantur hæc duo. Nec ex uno recte alterum colligitur. Quod fit in his rebus institutioni adjectis. Conditio institutioni adjecta, non facit, ut institutio juri refragetur, sed, quisquis est conditionis exitus, testator semper aut in totum intestatus, aut in totum testatus decessisse intelligitur. Sive enim deficit conditio, testator intelligitur jam a principio decessisse intestatus, quia ex eventu apparuit, eum heredem non habere *Instit. de her. quæ ab intest. def. in prin.* sive conditio exsistit, [4] retro versus perinde habetur heres quasi pure asset institutus. *L. si pupillus, D. de cond. inst.* Ut sic quoque intelligatur, testator jam ab initio, & in totum testatus decessisse. Quod reliquum est, prodest conditionis expectatio judicio testatoris, ut nemo illi exsistat heres, nisi quemadmodum voluit. Non nocet heredibus sive scriptis, sive legitimis, quia, quandocunque hereditatem adierint, postea ex eventu admissi, videntur, jam inde a morte testatoris heredes fuisse. *L. heres quandoque, D. de acqu. her.*

VIII. In [5] die institutioni adjecto utrumque contra evenit; ut & juri refragetur adjectio, & ejus diei dilatio non solum sit inutilia, sed etiam, ut dixi, noxia. Nam heres ex die heres esse jussus, ante diem vetatur esse heres: ut sic fiat testator pro eo tempore intestatus, pro reliquo testatus: quod jus non concedit. Et, ut velimus heredem etiam pro antecedenti tempore heredem esse, sed aditionem ei in diem differri, jam ostendi dilationem non modo nullam caussam habere, sed etiam & heredi scripto, & creditoribus hereditariis maxime esse noxiam. Non mirum igitur, si *sub conditione* heredem instituere licet; *ex die* non licet: in cujus dilatione tam multa jura improbentur. Quod si in diei adjectione superiora incommoda removeris: tum ista sic recte comparantur, *dies & conditio*, ut, si quid dilationem conditionis recipit, continuo recte dicturi simus, multo magis dilationem diei recipere. Quam ob caussam hæc ipsa pariter in contractibus, & legatis recipi videmus. *d. §. omnis, Inst. de ver. ob. L. 1. D. de cond. & dem.* Rata est igitur hæc sententia ex omnibus partibus juris, heredem *sub conditione* institui posse, at *ex die* certo non posse.

IX. Eadem ratio facit, ut usque ad diem certum non possit heres institui. Aperte enim eo pertinet hæc adjectio, ne institutus post diem sit heres. Quod si fit, nempe usque ad diem illum testator decedet testatus; post diem fiet intestatus, repugnante regula juris, præterquam in milite. *d. L. miles ita, in pr. D. de test. mil.* Qua ratione dicendum est, non tantum frustra heredem institui usque ad diem certum, quod solum positum est in *§. heres. de her. inst.* sed etiam frustra ad diem incertum, & ad conditionem: veluti *ille heres esto, donec vicesimum quintum annum impleverit*, vel *eo usque dum navis ex Asia venerit.* Esto, prærierint viginti anni, navis venerit ex Asia: dicemus, eum, qui semel heres exstitit, etiam postea heredem esse, & perpetuo manere: ne incipiat res ad legitimos heredes pertinere contra regulam juris.

X. Sed ut dies inutiliter adjicitur institu-

4) Dies autem certus retrotractionem impedit, Vult. in §. heres 9. I. h. t. n. 7. A. Fab. d. lo. tametsi Conna 10. Comm. 6. N. 1. scribere non veratur, hæc plus habere ostentationis, quam solidæ doctrinæ, nec dignam juris, & æqui arte, differentiæ rationem dari posse.

5) An uxor possit a marito heres institui quoad vivet, & post mortem ejus alius, vid. Moll 4. *Semestr.* 29.

stitutioni : its dies solum detrahitur, eoque detracto, manet institutio : quæ altera pars erat superioris definitionis. *d.* §. *heres*, *Institut. de hered. instit. d. L. hereditas ex die*, *D. eod.* Hic statim opponetur jus constitutum de iis, quæ vitiose fiunt, & contra, quam lex vetat. Quidquid vitiose, & contra legem fit, placet pro infecto esse & inutile. *L. non dubium C. de leg. L. quoties*, *D. qui sat cog.* Dies autem institutioni adjicitur vitiose & contra jus, alioqui nec rejiceretur. Quomodo igitur, herede hoc modo instituto, non vitiosa sit, & inutilis institutio? Et siquidem testator ita diem adjiceret, ut non aliter vellet institutum esse heredem, quam ex die, aut ad diem : omnino tum diceremus institutionem esse contra jus : proinde & inutilem. At si ita adjicit diem, ut nolit pro adjecto esse; fatendum est, hoc adjecto, nihil hic fieri vitiose, aut contra legem; eoque &, die detracto, recte defendi institutionem. Atqui non vult diem haberi pro adjecto, ut ex verbis institutionis, & conjectura voluntatis colligitur. Apparet enim heredem ex die institutum its institutum, ut vellet testator omnino, eum heredem esse : quoniam voluit esse heredem ex die certo. Is autem dies certo venturus est. Qui voluit quem heredem esse, simul ea omnia voluisse creditur, sine quibus ille heres esse non poteat : quæ quidem sint in ejus potestate. *Arg. in L. 2. D. de jurisd. L. illud. D. de acq. her.* Non potest autem heres institutus heres esse ex die, ut dies maneret. Proinde & hunc, die detracto, heredem esse testator voluit. Nec obstat, quod diem adjecit verbis. Hæc enim adjectio eo pertinere intelligitur, ut vellet testator heredem esse ex die, si posset. Quod si non posset, vellet simpliciter heredem esse sine die, ne voluntas intercidat, quæ alioqui inutilis erat futura. Interpretatio pro testamento recepta, quoties obscura, aut ambigua oratio est. *L. cogi D. ad S. C. Treb.* Nihil porro fit contra legem, ubi testator diem verbis adjecit, re autem adjici noluit. Leges enim impositæ sunt rebus, non verbis. *L. 2. in fi. C. com. de leg.* Et in institutione, omnique parte testamenti non id institutio est, aut legatum quod scriptum est, sed quod scriptum testator voluit. *L. quoties. 9. in pr. D. de her. inst. L. 3. D. de reb. dub. L. 12. in fi. D. de leg. 1.*

XI. Rursum contraria esse videtur definitio [6] *L. actus*, *D. de reg. jur.* Sic enim definitio est : actus legitimi, qui [7] non recipiunt diem, vel conditionem : veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. Atqui, ut jus olim fuit, quo valuit superior definitio Papiniani, videtur heredis institutio legitimus actus fuisse : certe non minus, quam acceptilatio. Hæc enim non magis interponebatur apud magistratum : tantum certa formula verborum constabat. §. *item per. Inst. quib. mod. tol. ob. L. 1. D. de accep.* Constabat vero & heredis institutio solemnibus verbis, teste Ulpiano in fragmentis Tit. *quem her. inst. po.* & significatur in *L. quoniam*, *C. de testam.* Proinde secundum regulam superiorem, die institutioni adjecto, vitiatam esse oportuit institutionem, non manere, ut dicimus. Nec satis videtur ad defensionem, si quis dicat, heredis institutionem inter species ibi numeratas non recenseri. Dici enim potest, Papinianum superiores species ibi enumerare exempli loco, ut significat particula *veluti*, qua utitur : exemplis autem non adstringi regulam. *L. pen. §. ult. D. de jur. & fac. ign. L. 1. §. quod vulgo. D. de vi & vi arm.* Et probandum est, quod vulgo fere omnes probant, definitionem *L. actus*, non esse generalem, sed pertinere tantum ad species illic enumeratas. Quamquam enim videtur, eas Papinianus exempli caussa ibi proponere propter particulam veluti : tamen & tot specierum enumeratio, & sequentia facile declarant definitionem ad eas species tantum referri. Non enim Papinianus unius aut alterius speciei expressione contentus fuit, ut fit, cum quid exempli loco subjicitur : sed enumeravit quinque : scilicet, ut ex eo numero has solas esse agnosceremus. Deinde ita subjicit : *nonnunquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt quæ aperte comprehensa vitium adferunt.* Refert igitur definitionem ad suprascriptos actus. Atque id its esse bene probabitur inter cætera argumento institutionis : quæ cum jure non recipiat diem, nihilominus, die adjecto, utilis est, dum dies subducitur, ut hic dicimus.

XII.

6) Ita habent vulgati codices *in d. L. 77.* quam lectionem probat & Duar. *de Acquir. her. C. 3.* Forcat. *Dial.* 83. n. 4. Hotom. *Illust. Q.* 34. & in appendice ejusdem, volens per hoc ostendi, alios quosdam actus legitimos recipere diem, vel conditionem; Contra Florentiæ legitur affirmate, *qui recipiunt* : quod probat Cujac. 15. *Obs.* 16. & Ravar. *ad d. L.* 77.

7) De sententia *d. L.* 77. vide dimicante. Cujac. & Hot. *dd. locis* P. Fab. 2. *Semestr.* 22. & 2. *seq.*

XII. *Impossibilis conditionis* eadem caussa, quæ diei adjecti institutioni. Nisi quod hoc amplius est in impossibili conditione, quod in testamentis dies institutioni inutiliter adjicitur. Legatis & fideicommissis utiliter : impossibilem autem conditionem contra testamento adjectam, generaliter placuit pro non scripta haberi : sive institutioni adscripta sit ; sive legatis , & fideicommissis. §. *impossibilis*, *Inst. de her. inst. L.* 1. *D. de cond. inst. L.* 3. *D. de cond. & demon.* Excepta est institutio filii , qui in potestate est. Hic , si instituatur sub conditione , quæ non est in ejus potestate , placet institutionem esse inutilem etiam si conditio sit impossibilis. *L. filius*, *D. de cond. inst.* de quo postea capite sequenti.

XIII. Impossibilis conditio [8] duplex. Quædam *natura* talis est , quædam *jure*.

XIV. Natura , cui natura impedimento est, quominus exsistat : Veluti , *Titius heres esto , si cælum digito tetigerit*. §. si impossibilis , *inst. de inut. stip.* hanc conditionem omnino impossibilem esse certum est : ut non dubium sit , quin Titius ex hac institutione heres sit futurus ex superiore definitione. Sed nec minus impossibilis ea habetur , quæ talis est jure.

XV. Ea est, eum quod conditione comprehensum est , ut fiat , quod natura fieri potest : jure non potest , quia leges prohibent, aut boni mores. Et hæc quoque pro non adscripta habetur ; veluti *Titius heres esto , si patrem suum ab hostibus non redemerit : si uxorem suam dimiserit.* Ut nihil horum fecerit , nihilominus heres erit. *L. conditiones quæ contra*, *L. conditiones contra* , *D. de cond. inst.* Scilicet quia conditio est impossibilis ea ratione , quam Papinianus reddit in *L. filius*, *D. de cond. inst.* quod quæ facta lædunt pietatem , existimationem , verecundiam nostram ; & generaliter quæ contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Quo in genere habetur a prætore & conditio jusjurandi. De qua copiose disserit Ulpianus in *L. quæ sub.* 8. *D. de cond. inst.* indicans & quæ sit, & quæ ejus in omni relicto improbandæ caussa.

XVI. Sed huic sententiæ de impossibili conditione objicitur voluntas testatoris , & exemplum contractuum. Testator conditionem impossibilem adjecit. Non frustra. Ergo ideo adjecit , ut , si conditio non exsisteret , nec institutus esset heres , quæ vis est omnis conditionis adjectæ. Confirmatur hæc voluntas , atque hoc jus exemplo obligationum sub conditione contractarum. Nam si quid promissum cautumve sit ullo in genere contractuum sub impossibili conditione , nihil valet , quod agitur. §. *si impossibilis* , *Inst. de inut. stip. L. non solum. D. de ob. & act.* Tantum ideo , quia hæc voluntas est contrahentium , quorum hæc cogitatio est , ut nihil agi existiment , adjecta ea conditione , quam sciant esse impossibilem , ut est in *d. L. non solum*, *D. de obl. & act.* Nihil ad hæc distinguenda pertinet , si dixerimus in contractibus , rem ex duorum , pluriumve consensu agi : eoque omnium voluntatem in ea re spectari , ut dicitur in *d. L. non solum* , in testamentis autem , rem geri solius voluntate testatoris. Esto enim : hinc efficiatur , in [9] contractibus esse imputandum stipulatori , vel creditori , si petat adversus conditionem , quam adjecit ipse, vel a reo adjectam voluntate sua comprobavit : in institutione autem , vel legato nihil esse, quod imputetur heredi aut legatario , quod impossibilis conditio adscripta sit , cum id factum sit absque eorum consensu. At hoc non sufficit ad heredem , vel legatarium admittendum , si voluntas testatoris refragatur. Nam si alibi usquam , in testamentis maxime voluntas testatoris spectanda , & servanda est. *L. ex facto*, §. *rerum*, *D. de her. inst. L.* 12. *in fi. D. de leg.* 1. nec usquam magis , quam in conditionibus. *L. pater. in pr. & §. conditionem* , *D. de cond. & dem.* Quod eo pertinet , ut si testator voluit conditionem expectari , non magis quidquam debeatur , aut utilis sit institutio , quam deberi potest ex contractu , ubi ambo dissenserint. Quod enim efficit duorum voluntas in contractu , id efficit in testamento voluntas solius testatoris :

8) Jo. Mercer. 1. *Opin.* 15. Quatuor, inquit, speciebus distinctæ conditiones impossibiles, & quicquid impossibile est. 1. Cui natura impedimento est. 2. Cui jus & æquum. Accommodatissimum exemplum quod minus vulgatum, in *L.* 137. §. 6. *de V. O.* 3. Cui factum hominis, (re alias natura & jure concessa) ut in *L.* 2. *de his qui effud.* 4. Quod cum per homines constet, propter cohærentiam, & concursum omnino extra potestatem. Perplexitas hæc est, ut *L.* 16. *de cond. inst.* Ita Mercer. vid. & Robert. *Sentent.* 15.

9) Duar. *ad Tit. D. de cond. inst. C.* 4. In contractibus, imputari potest contrahentibus, si quid parum expressum sit, vel ambiguum. Hinc autem nulla culpa instituti, aut legatarii, quod non curaverit verba apertius conscribi. Et Sarmient. 2. *Select. interpr.* 3. *n.* 15. ubi & aliam rationem habet, sed inconvenientem : quia in contractibus conditio pro caussa; si neque rejiceretur conditio, contractus caussa careret. Malc. 2. Fab. 6. *Conj.* 12. In contractibus omnium voluntas spectanda, qui, nihil egisse credendi sunt, quia sciverunt impossibilem esse conditionem. Hic autem verosimile non est, defunctum frustra, & inutiliter testari voluisse. Alter Vasq. *Lib.* 1. *de Success. progressu* §. 3. *n.* 43.

ris: quoniam & hujus unius voluntate testamentum constat, ut est testamenti dafinitio. Nunc autem verba, quibus conditio impossibilis Institutioni, ant legato adjecta est, eadem sunt cum iis, quibus eadem conditio contractui adjicitur. Ex quibus si colligitur in contractibus, contrahentes nihil agere voluisse, quia nihil posset deberi ex ea conditione, quæ exsistere non potuit: nihil caussæ videtur dici posse, cur non in iisdam verbis institutionis, & legati eadem sit voluntatis interpratatio, ut dicamus ex sententia testantis nec institutionem, nec legatum valere. Hic ergo de voluntate testatoris respondeo idem, quod supra in die adjecto. Herede sub impossibili conditione instituto, verba indicant, testatorem voluisse heredem esse eum, quem instituit. Alioqui non instituisset, Proinde vult ea quoque, sine quibus ille heres esse non potest. *d. L. 2. de juris L. illud, de ac. her.* Jam vero non potest heres esse, nisi detracta conditione impossibili. Quare hoc quoque valle testator intelligitur, ut detrahatur.

XVII. Non moveor, quod conditionem verbis adjecit: quam, si servamus, ex ea nemo heres exsistere potest, cum non possit conditio impleri. Nam conditione Impossibili adjecta institutioni, secundum verba, duæ inducuntur contrariæ conjecturæ voluntatis. Una, quasi valit testator conditionem expectari; quia adjecit, nec frustra. Altera, quasi velit institutum sine ea conditione heredem esse; quia heredem instituit, neque id rursum frustra. Neque porro heres esse potest, nisi detracta conditione; quia si jubetur ea exspectari, nunquam potest exsistere. In his duabus conjecturis contrariis utrum sequimur? quod credibile est cogitasse testatorem. *L. cum in testamento, D. de reb. dub.* Id autem creditur cogitasse, quod benignius est & humanius. Denique quod eo pertinet, ne relictum aut voluntas intercidat. *L. si fuerit. §. ul. D. de reb. dub. d. L. cogi in pr. D. ad S. C. Treb.* Nec dubium est, quin huc referri debeat, quod dicitur, in testamentis plenius voluntates testantium esse interpretandas. *L. in testamentis, D. de reg. jur.* non enim is interpretatur plenius, qui cum uno sensu servare rem possit, alterum sequitur, quo voluntas nulla sit. In contractibus, quibus impossibilis conditio adjecta est, ubi & eædem conjecturæ concurrunt voluntatis: sequimur contrariam conjecturam, quasi contrahentes non frustra conditionem adjecerint; eoque hac non exsistente, nolint quidquam deberi. Differentiæ ratio non utique ex verbis, quæ utrobique eadem esse apparet; sed ex proposito contrario contrahentium, & testatoris. Contrahentes id agunt, ut obligatio contrahatur, qua oneratur debitor scilicet; & ex qua postea quid præstare cogatur etiam invitus. Verisimile est, unumquemque in oneribus suscipiendis, & dependendo de suo ita affectum esse, ut quam minimo fieri potest, velit onerari. In totum, aut ut ultra, quam verba manifesta efficiunt, nolit obligari. Sic præsumptio est jure recepta, neminem existimari facile jactare suum. *L. cum de indebito, D. de prob.* Testatores contra in testamentis id agunt, ut dent, & beneficentiam exerceant: nec institutiones, & legata quidquam aliud sunt, quam donationes, & hæ maxime gratuitæ. Beneficæ voluntati conveniens interpretatio hæc est, ut benefice & prolixe interpretemur; quo detur quid, non ut nihil: quatenus quidem res in ambigua, & obscura oratione patitur. Scripsi pluribus de hoc genere ad *L. impossibilis, D. de verb. oblig.*

XVIII. *Rei certæ* institutioni adjectæ, eadem prope vis est, quæ diei adjecti, & impossibilis conditionis. Heres ex re certa, veluti *ex fundo, ex certo usufructu*, frustra quis instituitur: sed valet Institutio detracta fundi mentione. *L. 1. §. si ex fundo, D. de hered. instit.* Quod ita explicatur in *L. si ita quis 78. D. de hered. instit.* Sic institutus proinde erit jure civili, atque si sine ea re heres institutus esset. Idque auctoritate Galli Aquilii factum esse ibidem adjicitur. Ubi in [10] *Pandectis Flor.* vitium observandum est. Proponitur enim illic ita: *si ita quis heres institutus fuerit, excepto fundo, excepto usufructu; heres esto*: deinde responsum, *perinde erit jure civili*, & quæ sequuntur. Legendum *ex certo fundo, ex certo usufructu*. Quoniam recta heres instituitur ita, ut res certæ aliquæ excipiantur, & valeat exceptio. In hoc enim genere sunt legata, quæ nihil aliud sunt, quam delibationes hereditatis, quibus testator ex eo, quod universum heredis foret, aliquid delibat, & excipit, quod

10) Sed Florentinam lectionem tuetur Duar. *ad. h. t. D. c. 3. f. 339.* Sensus enim hic est, (non hic quem Donellus refellit) Institutus heres, excepto fundo, heres est in solidum, etiam in ille fundo. Alias enim ille fundus pertineret ad legitimos, contra regulam *L. 7. de R. I.* quandoquidem is fundus exceptus nulli alii in eodem testamento datus proponitur. Ac ideo non obstant, quæ noster de legatis obiicit.

quod alicui collatum velit. *L. legatum* 116. *in pr. D. de leg.* 1. Præterea si heres, rebus certis exceptis, heres est, & sine illis rebus, nihil hic fit, quod non aperte efficiatur ex verbis testatoris, qui nominatim eas res excepit: ut profecto ad eam sententiam probandam nihil fuerit Galli Aquilii auctoritate opus; qua tamen auctoritate ea sententia ibidem defenditur. Utrobique ergo hoc dicitur: heredem ex re certa sic frustra institui, ut tamen heres sit, quasi institutus sine ulla rei certæ mentione. In quo hoc primum, frustra quem institui *ex fundo*, aut *ædibus*, aut alia *re certa*. Verissimum hoc est, & perpetuum, si sic intelligimus, ut ne sit heres ex eo fundo, aut alia re certa. Nunquam enim quisquam ex *re certa* heres esse potest: repugnante earum rerum natura. Quippe hereditas est *successio in universum jus*. L. hereditas *D. de reg. jur. L. nihil aliud. D. de verb. sig.* Proinde heres *universi juris successor*: cui adversatur, *successorem esse rerum singularum*. Distantque hæc toto genere: acquisitio per universitatem, in qua est hereditas; & acquisitio rerum singularum, in qua sunt legata, & relicta singularum rerum. *§. hactenus, Inst. per quas pers.* distant eodem modo heres, & legatarius. *§. legatariis. Inst. de test. ord.* Quod autem adjicitur, heredem ex re certa institutum, esse heredem nihilominus, idque detracta fundi mentione, eamdem vim habet, quam superiora. Voluntate nimirum testatoris id fit: qui voluit institutum heredem esse ex re certa, si posset: si non posset, saltem aliquo modo esse heredem. Proinde, detracta mentione rei certæ, quia ex hac re heres esse non posset.

XIX. Sed quod dicitur in hac institutione, detrahi rei certæ mentionem, seu rei certæ adjectionem pro non scripta haberi, in uno herede ex re certa instituto recte dicitur, ut est species *d. L.* 1. *§. si ex fundo. d. L. si ita quis*, 78. *D. de her. inst.* In duobus, pluribusve institutis, non item. In quibus etiam cum varie respondeatur, recte fecerimus, si de vi hujus adjectionis in universum dixerimus. Ac de eo hæc juris distinctio tenenda est. Si unus tantum testamento heres scriptus sit, & idem scriptus ex fundo: hic fundi inutilis, & pro non scripta adjectio est. Primum ad hereditatem inutilis; quia heres futurus est, quasi scriptus esset sine ulla fundi mentione. Tum inutilis ad acquisitionem fundi: quia institutus, heres factus, satis hunc fundum habet jure hereditario: ut novæ omnes aliæ caussæ habendæ sint inutiles, & supervacuæ. De quo mox certius. Quod si duo sint heredes instituti, siquidem ambo pariter instituti ex rebus certis: nihilominus ambo heredes erunt, ut supra, quasi re nulla certa adjecta, quæ heredis institutionem impediat. Sed res ipsæ dividentur inter eos pro modo earum rerum, quæ cuique relictæ sunt: ut rerum adjectio ad hereditatem sit inutilis, ad divisionem rerum singularum utilis & efficax. Quod explicatur in *L. ex facto, D. de her. inst.* in exemplo hujusmodi, in quo & responsi hæc summa est. Duo sunt heredes instituti: Primus ex *rebus provincialibus*, secundus *ex Italicis*: cum provinciales efficerent tantum *mille*, si æstimarentur; Italicæ *tria millia*, id est rerum partes longe dispares. Placet, Primum, & Secundum ambos heredes esse ex æquis partibus: id est singulos ex [11] semisse, quasi rebus certis non adscriptis. Futurum enim erat, ut ita ex æquo heredes essent, si instituti essent nullis adscriptis partibus. *L. quoties, 9. §. heredes, D. de her. inst.* At quod attinet ad emolumentum rerum *provincialium & Italicarum*, utilis rerum adiectio est. Sic enim res habentur, quasi singulis *prælegatæ* essent. Unde eveniet, ut in dividenda hereditate nihil amplius Primus consequatur, quam *res provinciales*, Secundus *omnes Italicas*. Congruit *L. qui non militabat*, 78. *in pr. D. de. her. inst.*

XX. Quod, si duobus heredibus institutis, unus institutus sit ex re certa, alter simpliciter, aut ex parte aliqua hereditatis: placet, eum, qui ex re certa institutus est [12], legatarii loco esse, ut hactenus.

11) Ut onera uterque ex æquo sustineat, Duar *ad h. til D. c. 3. f.* 338. Et non est inter eos facta distributio hereditatis, sed patrimonii per præceptiones A. Fab. 15. *de Err. Prag.* 8.

12) Vid. A. Fab. 14. *de err. Prag.* 6. et *Decade* 15. *Err.* 5. Fachin. 4. *Controv.* 15. Institutum ex re certa esse legatarii loco *d. L.* 13. ratione rei in qua institutus: ratione actionum heredi, & in heredem competentium, quas is non habent, ratione legis Falcidiæ, ex qua diminutionem æque patitur *L.* 10. *C. fam. erc.* Heredis autem loco esse respectu tituli institutionis, ea propterea de inofficioso queri possit; & ut consequatur solidum nulla alio herede instituto vel adcrescente. *L.* 1. *§.* 4. *h. t.* Vid. & Covar in *C. Raynutius* §. 3. *n.* 10. *extr. de Test*, Gomez. 1. *Var. Resol. c.* 11. *n.* 18. Anton. Cucch. *Tr. de Legitima* §. *Legitima vel autem*, n. 19. & *seqq. p. m.* 63 & *seq* Tiraq. *in Tr. le mort saisit le vif*, P. 2. *Declar.* 4. n. 2. 3. et 4. ubi n. 3. dicit esse hoc mixtum genus ut sit partim heres, partim legatarius (quod refellit A. Fab. *dd. locis*) vid. & Aug. Matthæus *Epit. legal. Lib.* 2. C. 2. *n.* 21. & *seqq.* Peregrin. *de Fideic. Art.* 3. *n.* 7. & *seq.* Dauth. *de Testam. n.* 59. & *seq.* Connan. 10. *Comm.* 6 *n.* 11. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 8 & *seqq.* & late Simon de Prætis *Lib.* 3. *de Interpr. ult. vol. interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Solut.* 1. *n.* 5. Sed optime hæc, acutissime, & expeditissime noster.

tenus rei certæ adjectio sit utilis: alterum solum esse heredem. *L. quoties*, *C. de her. instit.*

XXI. Quæ vix effugere possunt, quia contrariæ videantur. Conferatur prima species cum hac tertia, omnia contraria. Nam si unus tantum heres institutus sit, & is ex re certa, dum dicimus: primum, hunc heredem esse: deinde, detrahi rei certæ mentionem, ut res pro non scripta habeatur. *d. L.* 1. §. *si ex fundo*, *D. de her. inst.* In hac specie tertia utrumque invertimus. Nam eum ex duobus, qui institutus est ex re certa, negamus, heredem esse: contra relictum rei certæ manere dicimus, idque instituto solum deberi tanquam legatario. Sed & secunda species pugnat ex parte cum utraque. Nam in ea instituti ambo ex re certa, heredes sunt; aliter atque in tertia. Iisdem & relictum rerum certarum manet, contra quam placet in prima. Quomodo igitur hæc non contraria? Sed non sunt. Voluntate testatoris recte defenduntur omnia. Voluntas variatur circumstantiis. Voluntatis autem testatoris in hac institutione hæc summa est: ut quantum, & quatenus in hac institutione jure valere potest, tantum valeat. Id voluntati convenire, ne ea intercidat, ante diximus. Secundum hoc ita definiendum est: ex qua definitione omnis superior distinctio nata est.

XXII. Quoties quis instituitur ex re certa, si relictum rei certæ per se solum valere potest, hæc prima voluntas testatoris est, ut solum valeat; cum sit testatori propositum, ne quid amplius consequatur heres, quam rem institutione expressam. Quod si relictum non aliter valere potest, quam si in ejusdem instituti persona adjungatur hereditas, proximum est in voluntate testatoris, ut utrumque obtineat heres. Sin vero etiam relictum omnino valere non potest, tum hoc relinquitur ex voluntate testatoris, ut sola valeat institutio, detracta rei certæ mentione. Jam ut solum relictum sine hereditatis adeptione valere possit in instituti persona, accidit in tertia ista specie superiore. Nam qui in ea specie institutus est simpliciter, potest adire hereditatem; qua adita, testamentum confirmatur; sic deinde, hoc confirmato, relictum valet, & peti potest ab eo, qui institutus est ex re certa, & quidem ita, ut ne is sit heres. Recte igitur ex superiore voluntate testatoris solum relictum rei certæ admissum est. *d. L. quoties*, *C. de her. inst.* Ut autem relictum valere non possit nisi una cum hereditate, quæ concurrat in ejusdem instituti persona, accidit in illa secunda specie, cum duo sunt heredes instituti, ambo ex certis rebus. Nam ut relictum certarum rerum valere possit, opus est, ut vel unus saltem ex institutis hereditatem adeat, quo testamentum, & cum testamento, ea quoque, quæ testamento relicta sunt, confirmentur. Ubi si unum admittimus ad hereditatem ex superiore institutione, necesse est, eodem jure admitti & alterum: quia cum ambo pariter instituti sint ex rebus certis, nulla caussa est, cur ex ea institutione admittatur unus potius, quam alter. Ita fit, ut in hac specie ambo sint heredes. Quod, quia fieri non potest, nisi sint universi juris successores, non certarum rerum, eo fit ut sint heredes, detracta rerum singularum mentione. Proinde heredes ex æquis partibus: quia ita futuri erant, nullis partibus adscriptis. *d. L. quoties*, §. *heredes. de her. inst.* Heredes facti, jam legata rerum singularum alter ab altero invicem accipient. Ut sic habeant singuli solidum in relicto rerum singularum, quod his datum est. Quippe heredi a se ipso legari non potest; a coherede potest. *L. Legatum*, 116. §. 1. *D. de leg.* 1. Hinc inter istos onerum, & emolumentorum modus. Quia ergo heredes sunt ex æquis partibus, ex iisdem partibus onera hereditaria sustinebunt: pro emolumento autem legatorum non sustinebunt, quia legata sine onere ad legatarios pertinent. *L. si hereditatem*, *D. man. L. ult. C. de her. act.* Jam, ut relictum valere omnino non possit, accidit in prima specie, cum quis solus heres institutus est, & idem ex re certa. Nam relictum rei certæ, idest legatum, valere non potest, nisi ante omnia heres hereditatem adierit: cum, nemine herede exsistente, testamentum irritum fiat; ut nec quidquam ex eo possit deberi. *Inst. de her. quæ ab int. def. in pr. L. eam quam*, *C. de. fid.* Hereditate autem adita, statim heres fit dominus rerum singularum jure hereditario. *L. cum heredes*, *in pr. D. de acq. her.* Qua ratione amplius earum rerum neque jure legati, neque ex alia caussa dominus fieri potest. §. *sic. itaque*, *Inst. de act. L.* 3. §. *ex plurib. D. de acq. poss.* Quid, quod heredi a se ipso legatum dari non potest? *d. L. legatum*, §. 1. *de leg.* 1. Ita evenit in hac specie, ut aut in totum nihil actum sit, aut, si institutio valet, valeat per se sola, sublato in totum rei certæ relicto. Ex quibus jam intelligitur, omnia hæc

hæc, quæ prima fronte videri possunt pugnantia, voluntati testatoris quam optime convenire; & ex hac recte omnia defendi. Quod reliquum est, de institutione illud manebit, neminem heredem institui posse *ex re certa*, ut ex re certa heres fiat. Quod nobis propositum fuit, ostendere.

CAP. XIX.

Quæ institutioni vitiose adjecta totam vitient institutionem. Hujus generis esse, turpem demonstrationem heredis: Ex conditionibus vero eas, quæ, filiis suis heredibus institutis, non sunt in eorum potestate; in universum autem, quæ in alienam voluntatem conferuntur, & captatorias. Tum quæ sit captatoria institutio.

Turpis demonstratio heredis, & conditio interdum vitiant institutionem. I.
Illa si heres non sit prius suo nomine appellatur. II.
Secus contra. Ratio differentiæ. III.
Quavis demonstratione etiam contumeliosa filius exheredari potest. IV.
Conditionem alias persona heredis non recipit, alias in universum jus reprobat. V.
Filius sub alia conditione quam, quæ in potestate ejus sit, institui nequit. VI.
Cur non idem in aliis cum heredibus, tum legatariis. VII.
Omnes sub quavis conditione, quæ existere possit, excepto filio suo herede, posse institui. VIII.
Conditiones, quæ perpetuo institutionem vitiant, sunt: captatoria, & in alterius voluntatem collata. IX.
Hujus posterioris exempla duo. X.
Cur hæc expressa vitiet institutionem; non expressa, quamvis tacite intelligatur, non vitiet. XI.
Captatoria quænam vocetur. XII.
Cur improbata: etiam in testamento militis. XIII.
Quæ sit. Unde dicta. Bonis moribus contraria. Quare. XIV.
Captatoriam institutionem tria faciunt. XV.
1. *Conditio in alterius voluntatem collata.* XVI.
2. *Conditio de alterius hereditate obtinenda.* XVII.
Captatoriam non esse, quæ in alterius voluntatem conferatur, sed quæ captationem alicujus rei contineat. Vetus error Interpretum reprehenditur. XVIII.
Semper Veteres unam ab alia distinxisse. XIX.
Ut sit captatoria nihil referre, utrum conditio sit de obtinenda hereditate instituti, an alterius: testatori ipsi, an alteri. XX.
3. *Ad captatoriam requiritur conditio in futurum concepta.* XXI.

I. Atque hæc de priore genere dicta sunt eorum, quæ inutiliter institutioni adjecta, pro non scriptis habentur; ut institutioni nihil noceant, sed, his detractis salva sit institutio. Est, ut dixi, alterum genus eorum, quæ adjecta ita improbantur, ut tota institutio sit inutilis. Hæc genere duo sunt: interdum *demonstratio turpis heredis instituti*: interdum *conditio institutioni adjecta.*

II. Turpis demostratio heredis interdum institutionem vitiat. Fit autem hoc modo. Si heres institutus appellatus non sit suo nomine, sed demonstratus tantum signo aliquo, aut certa demonstratione: si demonstratio turpis sit, & qualis contumeliæ causa solet adjici: placet, nullam esse institutionem, etsi maxime intelligatur, quis ea demonstratione sit designatus heres; alioqui certa demonstratio vice nominis fungatur. *L. quoties*, 9. §. *si quis nomen*, *L. de her. inst.* Idemque in legatis receptum est, eodem modo demonstrata persona legatarii: *L. turpia*, *in princ. D. de leg.* 1. Exempli gratia: *ille qui nuper in hac civitate fustibus cæsus est: ille, quem fama est, latrocinium, quod his diebus accidit, perpetrasse; ille, qui nominatur in hac civitate scurra, & morio, mihi heres esto.* In his institutionibus hoc dicimus, etsi constet, quis ille sit, qui fustibus cæsus est; quis item ille, de quo sit superior fama & opinio: tamen, heredem non futurum, etsi velit; utpote improbata jure civili institutione. Odio scribentis ita jus comparatum, inquit Pomponius in *d. L. turpia*, *de legat.* 1. Sed quomodo ejus odio? amplius quærendum. Non est enim odium, nisi ob delictum. Quid autem deli-

deliquit testator, qui, quod in re, & demonstratione verum erat, id dixit? Et quid, si hac demonstratione designatus heres demonstrationem agnoscat, ut ad hereditatem admittatur? Hic sane non potest videri, illi ulla injuria fieri a testatore, cum sciat, & consentiat. *L. nemo videtur, D. de reg. jur.* Paulo igitur altius hujus rationis ratio exquirenda est. Hæc autem mihi esse videtur, quod ejusmodi institutio, & legatum pugnet cum fine institutionis, & omnis relicti. Nam institutionis, & legati finis est, ut instituto, & legatario honos habeatur. Unde & institutio, ac relictum omne Latinis [1] *honos* appellatur. Cic. *pro Quinctio: heredem testamento reliquit hunc P. Quinctium; ut, ad quem summus mœror, morte sua veniebat, ad eumdem summus honos quoque perveniret.* At, turpi demonstratione designato herede, vel legatario, & institutio, & legatum hos dedecore, & probro afficit. Cum enim nulla sit demonstratio, qua designentur, nisi ea, quæ posita est; non possunt ex ea demonstratione dicere, relictum ad se pertinere, nisi prius admiserint, se eos ipsos esse, qui sunt demonstrati: quod illis turpe, & probrosum est. In qua contumelia recte placuit, etiam si isti se tales esse agnoscant, & ad hereditatem, aut legatum admitti velint, nullam tamen institutionem esse aut legatum. Sive enim testator nihil relinquere voluit, sed tantum lædere; non debet adversus voluntatem ejus institutio, aut legatum admitti: cum non sufficiat, quem scriptum esse heredem, nisi & testator, eum heredem esse velit. *L. quoties, 9. de her. inst.* Sive voluit serio relictum admitti, sed cum illa contumelia: tum vere dicitur id, quod est in *d. L. turpia, D. de leg.* 1. odio scribentis & institutionem, & legatum pro non scriptis haberi. Malitiose cum facit, qui per speciem simulati officii abutitur superioribus rebus ad lædendum, & contumelia afficiendum eum, ad quem honorandum, & ornandum sicut hæ res comparatæ sunt, ita eas eodem referri oportebat. Præclare autem Celsus: *malitiis non esse indulgendum. L. in fundo, D. de rei vind.*

III. Sed ita, inquam, ex turpi signo, & turpi demonstratione inutilis institutio est, si hæc sola demonstratio est ad heredem designandum. Quod si prius nomine suo sive proprio, sive appellativo sit appellatus, quæcunque postea demonstratio adjecta erit contumeliæ, & probri caussa, valebit institutio. Ut puta, illa institutio valet, etsi sit cum maledicto: *filius meus impiissimus, male de me meritus, heres esto. L.* his verbis. 48. §. 1. *D. de her. inst.* Sed quid interest inter istas institutiones, dicat aliquis, cum utraque contumeliosam demonstrationem, & maledictum contineat? Hoc interest, quod cum heres institutus appellatus est nomine suo non contumelioso, maledictum adjectum eum non lædit: ut maxime se heredem institutum agnoscat. Licet enim ei dicere, se filium defuncti esse, ut est appellatus; satisque esse, hanc appellationem ad se certo designandum, ut [2] sciatur quis sit institutus: neque hoc sibi esse turpe. Quod autem pater adjecit contumeliæ caussa, id se non agnoscere; neque hoc necesse esse admittere ad se designandum, cum jam nomine suo, aut appellatione sibi soli conveniente satis sit designatus. Ubi autem sola demonstratio contumeliosa posita est, non potest, quin sit instituto probrosa, si velit, quin institutus est, heres esse. Nam, ut dicat se ea demonstratione institutum, necesse habet, ut dixi, admittere, se eum esse, quem demonstratio describit.

IV. Atque hæc ita institutione, & legato recepta sunt. Ad exheredandum filium visum est quamvis demonstrationem etiam [3] contumeliosam sufficere. Ut puta, placuit filium ita recte exheredari: *Ille gladiator, ille scenicus, qui domi meæ est, exheres esto*: cum unum filium domi talem haberet. *L. 3. D. de lib. & post.* Recte horum utrumque pro natura institutio-

1) Honorari enim dicitur heres institutus, & honos haberi ei, cui quid testamento relinquitur. *L. 3. §. 2. L. 5. §. 6. de legat. præstand. L. 11. §. 20. de Leg. 3. L. 15. pr. ad L. Corn. de fals. L. 36. de excusat.* Tacit. *Lib. 3. &c.* de quo vid. Briss. 4. *Antiq.* 19. & quæ ex eo excerpit Goth. *ad L. 3. §. 2. de legat. præst.* adde Revar. 2. *Var.* 16. Farner. 1. *Select.* 19. P. Greg. 42 *Synt.* 1. n. 4. & 44. *Synt.* 2. n. 25. Et Juret. in *Not. ad Symmach.* 1. *Epist.* 3. Et dilectio est institutio, *L. 4. de confirm. tutore L. 58. §. 1. h. tit.*

2) Ita & Anton. Massa Gales. *Lib. 3. de Exercit. Jurisperit. n.* 57. quia, remota turpi demonstratione, persona certa ex appellatione filii. & Pac. 5. *Q.* 90. Ac melius hic, quam Duar. *h. t. c.* 3. in *d. L.* 48. maledictum tantum dici filio admonendi, & objurgandi caussa: in *L. 9. §. 8.* contumeliæ caussa. Et Cujac. in *L. 3. de lib. & posth.* Cum convitio posse institui filium ut *d. L.* 48. quia patri impune est maledicta filio objicere; non posse extraneum *d. L. 9. §. 8.* Alter Loriott. *de Jur. arte Tr.* 12 *de Exhered. Axiom.* 11. & aliter, sed impedite, Vasq. *Lib.* 2. *de Success. Creat.* §. 20. P. 2. *Requis.* 29. *Declar.* 2. *n.* 70. & aliter Jo. Basius 1. *Paradox.* 7.

3) Ita & Ant. Massa *d. n.* 59. Diss. Basius *d. C.* 7. Additur in *d. L. 3. pr.* etsi ex adulterio natum dixerit. Quod Loriot. *d. lo. Axiom.* 12. ita exaudit, ut pater, filium suum esse non dubitans, contumeliæ caussa adulterinum appellet, alias enim exheredatio inepta in extraneo *L.* 130. *in fin. pr. de V. O.*

Digitized by Google

tutionis, & exheredationis. Non recipitur in institutione turpis demonstratio, quia repugnat institutioni, ut ostendi. At convenit exheredationi. Quamobrem & in ea recte admittitur. Demonstratio enim huc pertinet, ut notetur filius. Nunc autem exheredatione idipsum agitur, ut notetur tanquam successione indignus. Unde exheredatione notatos legimus, & notam exheredationis. *L. non putavit, in pr. D. de bon. poss. cont. tab. L. multi, D. de lib. & post.*

V. De conditione institutioni adjecta sic jus est: heredem, etsi non ex die, sub conditione tamen, quæ existere possit, recte institui. *§. heres, Inst. de her. inst.* Cur potius sub conditione, supra rationem exposuimus, cum ageremus de diei adjectione. Nunc hoc ponimus, non esse id jus in conditione perpetuum. Alias persona heredis instituti non recipit conditionem, alias in omnium heredum persona quædam conditiones excipiuntur, quæ conditione sua vitient institutionem.

VI. Unus est, qui sub quavis conditione heres institui non possit; filius qui est in potestate patris. Is sub ea conditione, quæ in [4] potestate ejus non sit, institui non potest; sive non statim sit in ejus potestate, sive non perpetuo, sive non sine periculo. *L. 4. D. de her. inst. L. ult. D. de cond. inst. L. 4. C. de instit. & substit. fac.* Et vero filius suus heres ita sub hac conditione institui non potest, ut, si sit institutus, non rejiciatur conditio tanquam non scripta; sed ipsa nullius momenti sit institutio; atque adeo ratum non sit testamentum. *d. L. ult. in pr. D. de cond. inst. d. L. 4. C. de inst. & subst.* De quo, cum pluribus scripserim supra in institutione, & exheredatione liberorum *Cap. XII.* cætera ad hunc locum pertinentia inde peti jubebo. Tantum illud adjiciam, cum ibi dixerimus, filio suo herede quamvis sub impossibili conditione instituto, inutilem esse institutionem solum ideo, quia verum sit & hanc conditionem in potestate ejus non esse, *L. filius. D. de cond. inst.*

VII. Non abs re est, quæri hoc loco, cur, cum in cæteris omnibus tum heredibus, tum legatariis placeat, impossibiles conditiones testamento adjectas pro non adjectis habendas, ut his non impletis nihilominus & institutio, & legatum valeat: *L. 3. D. de cond. & dem. L. 1. D. de cond. inst. §. impossibilis, Inst. de her. inst.* non idem servetur in filio suo herede sub eadem conditione instituto. De quo jam breviter monebo. Nempe eo fit, quia hic excepta est institutio filii, qui est in potestate, repudiata in cæteris institutionibus impossibili conditione. Et ne temere factum putemus; factum utrumque est ex legis sententia. Omnem enim institutionem nullius momenti esse necesse est, quæ fit contra, quam lex vetat, ut sunt omnia quæ fiunt contra legem. *L. non dubium, C. de legi.* Lex autem institutioni filii conditionem, quæ in potestate ejus non sit, adjici vetat: estque maxime ejusmodi ea, quæ est impossibilis. Quapropter, hac adjecta, quia adjicitur, vetant lege, ipsam institutionem inutilem esse necesse est. At nulla lex vetat, quemquam sibi, instituere heredem sub impossibili conditione. Nam etsi diceremus, hac adjecta, institutionem esse inutilem; tamen id eo fieret, quia testator nollet valere, adjecta ea conditione; cujus eventum vellet exspectari, certum autem esset eum existere non posse. Ideo si testator hanc expectari nolit; nemo negabit, quin ex voluntate ejus conditio non sit exspectanda: eoque & institutio conditione detracta sit utilis: idque maxime ex sententia legis, quæ nisi quid aperte excipiatur, jubet ratum esse, *uti quisque quid legassit rei suæ.* Legis, verbis *D. de verbo signi.* Hanc porro videri voluntatem testatoris in impossibili conditione, supra probavimus.

VIII. Quod reliquum est, sub omni conditione, quæ existere possit, excepto filio suo herede, omnes institui heredes possunt, etiam filiæ, nepotes, & cæteri liberi, quamvis sint in morientis potestate, & ex numero suorum heredum. *L. 6. §. 1. D. de her. instit.* Multo ergo magis liberi, qui non sunt in potestate testatoris: atque omnium maxima, qui sunt penitus extranei.

IX. Quod tamen non est perpetuum. Sunt enim, ut dixi, quædam conditiones, quæ per se ipsæ vetentur adjici; eoque adjectæ, quisquis heres scriptus sit

4) Impossibilis conditionis institutioni filii adjectæ exemplum etiam haberi putant DD. *in L. 83. de cond. & demonstr.* inde inferentes, aliquem probare non posse, se filium alicujus esse. Quibus accedit A. Fab. 2. *Jurispr.* 3. *Princip.* 4. *pag.* 113. Sed Menoch. 2. *de Arbitr. Casu* 89. *n.* 7. *& seq.* hoc ex illa lege non inferri scribit; sed illud, quod conditio non sit potestativa. In arbitrio enim judicis esse an sit sufficienter probata filiatio. Aliter Vasq. 1. *Ill. Contr.* 48. *n.* 17. *& seq.* Et aliter Forner. 2. *Select.* 6. ideo *in d. L.* 83. impossibilem esse probationem, quia filius extra nuptias quæsitus. Quod liquere hinc scribit. 1. Quia diversa nomina. & cognomina etiam patris, & filii. 2. Quia non uxoris mentio, sed dixit testator, *natus ex illa muliere.* Uti autem honori est proprio nomine appellari, ita sic designari *ille, aliquis &c.* dedecorosum. Sed si ita est, non debuit conditio adjecta vitiare testamentum sed vitiari.

sit, vitient institutionem. Hujus generia sunt duæ: *conditio*, quæ in alienam voluntatem aperte confertur: item *captatoria*, seu ea, quæ adjecta, captatoriam institutionem facit.

X. Primum illa institutio vitioaa est: *Sempronius heres esto, si Titius voluerit: vel ex duobus Semproniis ille heres esto, quem Titius volet.* L. illa, 32. *L. si quis Sempronium*, 68. *D. de her. instit.* Improbandæ hujus institutionis ratio reddita in *d. L. illa*: satis constanter veteres decrevisse, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno pendere arbitrio. Qua ratione placuit, idem juris esse in legatis, & fideicommissis, eadem conditione adjecta. *L. nonnunquam, D. de con. & dem.*

XI. Sed hoc ita est, si conditio conferatur aperte in alterius voluntatem; si denique voluntas aliena exprimatur, ut dicat testator, *si Titius voluerit.* Diversum, si non exprimatur alterius voluntas, etsi maxime ex verbis intelligatur. Sub hac conditione nulla est institutio, *si Titius voluerit.* At sub hac valet, *si Titius in Capitolium adscenderit.* Atqui Titius non ascendet, nisi volet, ut hic quoque ex antegresso voluntas necessario significatur. Sed hoc tacita fit, non expressa voluntate: quod non prohibet *d. L. si quis Sempronium.* Idem & in legatis placuit: unde & regula veterum, *Expressa nocent; non expressa non nocent.* d. L. nonnunquam, *D. de con. & dem. L. expressa, D. de reg. jur.* Quod diligenter monendi sumus, dictum accipiendum esse primum de iis, quæ lex vetat adjici. Nam quæ non vetat, sive exprimantur, sive non exprimantur, nihil nocent: cum omnia liceant, quæ jure non prohibentur. *L. nec non, §. quod ejus, D. quib. ex caus. maj.* Et maxime in supremis voluntatibus, quæ nominatim lege, *uti quisque legassit rei suæ*, ratæ esse jussæ sunt. *L. verbis legis, D. de verb. sign.* Deinde dictum non de omnibus vetitis, sed de iis, quæ lex nominatim vetat exprimi: non etiam de iis, quæ simpliciter vetat adjici. Si quid lex simpliciter vetet, rem vetat, non verba. Ideo vetat sive exprimatur, sive non exprimatur, tametsi alia via, aut aliis verbis factum intelligitur. Pariter enim utraque improbantur, & quæ contra legem fiunt, & quæ in fraudem legis. *L. non dubium, C. de legi.* At si quid lex vetat tantum exprimi, ut eam conditionem, de qua loquimur; sane expressum nocebit; quia nihil hic contra legem, si non exprimitur, etsi significatur. Lex enim non vetat adjici, sed exprimi. Nec quisquam putet, nihil in re interesse, utrum voluntas exprimatur, an significetur. Hæc enim conditio, *si Titius in Capitolium ascenderit*, confertur in factum Titii, non in voluntatem solam; inter quæ multum interest. Etenim non ascendet quidem Titius, nisi volet: sed potest velle, ut non ascendat: quia multis de caussis impediatur; sive quod incidat in morbum; sive quod moriatur; sive quod vis alicujus prohibeat; sive quod Capitolium conflagrarit.

XII. Eodem jure est captatoria conditio. Voco autem conditionem captatoriam, quæ institutioni adjecta institutionem captatoriam facit, idest eam, quæ ad captandam alienam hereditatem refertur.

XIII. Captatoriæ institutiones jure improbantur propter conditionum de aliena re obtinenda insertam. *L. captatorias*, 70. *de her. inst.* Et in universum captatoriæ omnes scripturæ tam in hereditatibus, quam in legatis. *L. captatoriæ*, 64. *D. de leg.* 1. Usque adeo, ut nec ferantur captatoriæ institutiones in militis testamento. *L. captatorias, C. de test. mil.*

XIV. Captatoria institutio est, qua testator ita heredem instituit: *Titius mihi heres esto, si ille aut Sempronius me, vel Sejum heredem instituet*; seu [5] *qua ex parte illi nos heredes instituent*, ut colligere est ex *L. illæ autem*, 71: *D. de her. inst.* & partes superioris definitionis postea separatim expositæ certius docebunt. Dicta captatoria a *captando*. Est autem captare, venari quid, & aucupari, seu arte, & dissimulanter, ac per illecebram id agere, ut aliquid capias. Captatoria igitur, quia captat hereditatem heredis instituti, vel alterius; idque sibi, vel alii, ubi conditio superior arte posita est tanquam illecebra ad eam hereditatem eliciendam. Nam heres illectus spe hereditatis sibi delatæ, volet implere conditionem, ut ad hereditatem perveniat; eoque & testatorem, vel istum alium vicissim heredem instituet, aut ab alio, qui designatus est, instituendum curabit. Hujusmodi omnem captationem, ut bonis moribus contrariam, in testamento leges improbant: utpote non profectam ex animo benevolo, sed ad vana spe irretiendos, & illaqueandos heredes instructam. Sic autem superiori captioni commodissime

5) Eodem modo Donell. noster ad L. 11. C. de test. mil. n. 3. & seqq. vid. & Cujac. 16. Obs. 11.

aime occurritur, si ipsa institutio infirmetur. Nam ubi heres intelliget, se non esse jure institutum; simul intelliget nihil esse, cur testatorem vicissim heredem instituere debeat implendæ conditionis, & hereditatis consequendæ caussa, quam sciat, se, eo testamento, obtinere non posse.

XV. Sed prius captatoriam institutionem esse oportet. De quo certius statuendum est. Captatoria igitur institutio ex superiore definitione, eaque vera, tria desiderat, ut sit talis: primum conditionem collatam in alterius voluntatem: secundo loco conditionem de hereditate, vel heredis, vel alterius voluntate ejus obtinenda: tertio conditionem de hac ipsa hereditate non ante delata, sed in futurum deferenda conceptam.

XVI. Primum desiderat conditionem collatam in voluntatem alterius. Captatorias, inquit Papinianus, non quasvis senatus improbavit, sed quorum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis. Hoc ille in *d. L. captatorias*, 70. *de her. inst.* Conditionem ergo hujusmodi in his inesse oportet. Idemque probatur appositis exemplis, in *L. illæ autem seq.* Nec quem moverit, quod hujusmodi institutiones captatorias esse dicimus; *Ille heres esto, qua ex parte ipse, aut Mævius me heredem instituet*; in quibus prima fronte conditio nulla contineri videtur. Nam & in his eadem conditio est, quam volumus. Hæc enim oratio, qua ex parte me heredem instituet, demonstratio est ex futuro sumpta: cujusmodi demonstrationes conditionem habent, si id futurum evenerit. *L. 6. D. de leg.* 1. Quod si quis aliquem heredem instituerit sine conditione, aut sine conditione superiore, & heres hac institutione provocatus, pro mutua affectione eundam testatorem heredem instituerit: placet valere utramque institutionem. Posteriorem quidem, quia aperte nihil captat, sed remuneratione utitur. Priorem autem, quia conditionem captationis, aut eliciendæ hereditatis nullam inclusam habet: eoque nullam adfert heredi scripto necessitatem mutuæ institutionis. Quæ res facit; ut, sive heres non instituat testatorem heredem, nihilominus obtineat hereditatem: sive instituat, tamen ideo faciat, quia valuerit, non quia necesse habuerit facere ad hereditatem obtinendam. Merito igitur valet institutio, quæ heredi liberum judicium supremum relinquit sine damno hereditatis ipsi delatæ. Idque ob hanc caussam ita statui necesse est, quamvis forte constare possit, testatorem fuisse hoc animo, ut simulato officio provocaret heredis mutuam voluntatem, & institutionem. Nam hic animus heredem ad mutuam istam institutionem non obstrinxit. Et hoc est, quod in eadem *L. captatorias.* adjicit Papinianus: captatorias institutiones non eas senatum improbasse, quæ mutuis affectionibus judicia provocarunt; sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis. Hoc sic accipe, non eas, quæ mutuis affectionibus judicia provocarunt sine conditione, qua hæc judicia provocantur; sed quæ addiderunt hanc ipsam conditionem: quam ideo ait conferri ad secretum alienæ voluntatis, de quibus verbis paulo post.

XVII. Jam non quævis conditio collata in alienam voluntatem, institutioni adjecta captatoriam institutionem facit; sed sola quæ ita confertur in voluntatem alterius, ut sit de hereditate ejus obtinenda, id est quæ a testatore confertur eo, ut obtineatur supremum judicium heredis, aut alterius designati, ac per hoc ejus hereditas. Mitto, quod sola hæc conditio est, per quam fit, ut captetur aliena hereditas: unde est captatoriæ nomen. Probatur id dilucide in *d. L. illæ autem, seq. de hered. instit.* Illæ, inquit Paulus, captatoriæ institutiones non sunt: veluti si ita quis heredem instituat: *qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius heres esto*: quia in præteritum, non in futurum institutio collata est. Ergo si hic in futurum collata esset conditio, ut testator diceret, qua ex parte Titius me heredem instituet, aperte significat institutionem sine dubio captatoriam futuram fuisse.

XVIII. Quo loco animadvertendus est vetus [6] error interpretum, superiore ætate

6) Quos & sequitur Simon de Pratis *Lib.* 2. *de Interpret. ult. volunt. interpr.* 1. *Dubitat.* 1. *Solut.* 3. *n.* 1. Alex. Trentacinq. *de Substit. P.* 2. *C.* 2. Ant. de Padilla *ad L.* 1. *de Leg.* 2. *n.* 50. *& seq.* Gomez. *in L. Taurinum.* 31. Putant DD. cum Accursio *ad d. L.* 70. institutiones, quæ ex aliena voluntate pendent, dici captatorias, quod per eas testatores capti, id est, decepti. Quod & refellit Coras. 5. *Misc.* 13. ostendens has differre. Collatas in alienam voluntatem veteres rejecerunt *L.* 31. *h. t.* captatorias Senatus *L.* 70. *h. t.* Captatoria igitur, quæ veluti viscata, & hamata, ut quæ ex hac caussa fit, ut suo exemplo provocatus, institutus, aliusve, in quem captatio directa est, idem faciat. Et A. Gub. 1. *Q.* 7. Connan. 10. *Comm.* 6. *n.* 5. Sarment 2. *Select. Interpr.* 4. *n.* 1. & Fab. 51. *de Err. Pragm.* 4. *& seqq.* & Don. noster *ad L.* 11. *C. de Test. mil. n.* 4. hoc etiam argumento utitur. Si captatoria est ea, quæ confertur in expressam voluntatem alterius, utique quæ in tacitam valebit. Consequens autem falsum, quia in verbis *d. L.* 71. §. 1. non confertur aperte, sed tacite. Et Jo. Dauth. *de Testam. n.* 15. *& seqq.* ubi *n.* 28. cum hæc hodie clare, & diserte sint explicata, miratur, a recentioribus quosdam hæc turpiter miscere, & veterum inquinamenta sequi. Qui antiqui veniam merentur, hi non item.

te qui fuerunt, qui ad unum omnes existimaverunt, captatoriam institutionem esse eamdem illam, quæ fit sub conditione in alienam voluntatem collata, quamvis nullam instjusmodi captationem habeat. Moventur hia verbis *L. captatorias.* quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis. Quæ illi sic acceperunt, quarum conditio confertur in alienam voluntatem, quæ secreta est prius, quam constet, quid is velit, de cujus voluntate agitur. Nec dubitabant, id ita affirmare, cum viderent juris certi esse, nullius momenti esse eam institutionem, quæ in alienam voluntatem conferretur. Sed hic turpis error est, natus ex manifesta imperitia latini sermonis, & ignoratione eorum ipsorum locorum, quos interpretabantur: dico *L. captatorias* 70. *& L. illæ autem, seq. D. de her. inst.* Idem recte notatus primum ab Antonio Augustino *Lib.* 4. *Emend. Cap. XV.* Vel ipsum 7 verbum satis non admonet, non esse captatoriam institutionem, nisi eam, quæ captationem alicujus rei, aut captionem continet: idque ita esse traditur in *d. L. illæ autem, de her. inst.* At hæc institutio: *Sempronius heres esto, si Titius voluerit*, quam tandem captationem habet vel hereditatis, vel voluntatis alienæ Titii? aut quam Titii captionem? Perspicuum est, nullam habere. Neque enim hac conditione, *si Titius voluerit*, id agitur, ut me heredem instituat: neque eadem conditione provocatur ullo modo Titius, ut magis velit Sempronium heredem esse, quam nulla conditione adjecta. Non enim habet hæc conditio ullam illecebram ad Titium ad eam voluntatem inducendum. Multo minus capitur, id est, decipitur ea conditione Titius; cujus est in potestate, velle Sempronium heredem esse, & non velle. De bonis vero Titii quid hic captatur? qui si millies aponte, & cupide voluerit, tamen nihil ei decedit de suis bonis, nec quidquam est, quod inde testator capiat. Quomodo igitur intelligi potuit captatoria, quæ in alienam voluntatem confertur, a qua tam aperte omnis alieni captatio abest? Sed & *d. L. illæ autem*, diserte ea exempla ponuntur institutionis captatoriæ complura, quæ illam conditionem continent, quæ est de aliena hereditate obtinenda: nulla autem, in quibus institutio conferatur in alienam voluntatem. Ut plane ipso loco, qui in manibus erat, satis refellantur.

XIX. Postremo illud constat, semper a veteribus ita hæc esse distincta genere duo, ut nusquam cum de captatoria institutione agitur, mentio fiat ullius conditionis in alienam voluntatem collatæ: nec, cum agitur de ea, quæ in alienam voluntatem confertur, hæc usquam captatoria appelletur: ut appareat, plane hæc genera esse diversa. Non debuerunt vero moveri verbia *L. captatorias*, his; quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis. Nam in testamentis cum nominatur a veteribus secretum alienæ voluntatis, significatur judicium supremum alienæ voluntatis: idest, auprema voluntas testatoris. Ut superiorum verborum Papiniani sententia hæc sit, institutiones eas improbari, quarum conditio confermatur eo, ut auferat judicium mutuum supremæ voluntatis. Diciturque voluntas auprema ideo secreta, & secretum habere, quod diximus, quia etiam tunc, cum declarata est testamento, manet secreta donec testator moriatur: utpote inclusa tabulis testamenti, aut codicillis. Quæ unusquisque clausa sibi asservat. Nec necesse est, quemquam testium, aut aliorum scire ea, quæ in his scripta sunt. *L. hac consultissima, in pr. C. de testa.* Sed etsi prius voluntas nuncupata sit coram testibus: manet tamen secreta usque ad ultimum vitæ spiritum testatoris; cum incertum sit, an testator revocet; quod facere potest, dum vivit. *L.* 4. *D. de adimend. vel transf. legat.* Hanc autem significationem esse superiorum verborum in usu juris, liquere potest ex *L.* 3. *C. eod.* ubi dicitur, defuncta codicillis contulisse secreta voluntatis snæ in aliquem, pro eo, quod est, contulisse judicium suum in eum, dum de eo contraria voluntate quid statuit posteriore codicillo secus, quam priore inscripserat.

XX. Hoc loco notandum, ut sit institutio captatoria, nihil referre, utrum conditio ait de obtinenda hereditate heredis instituti, an alterius: de obtinenda testatori ipsi, an alteri. Satis esse si testator alienam hereditatem cujuscunque captet vel sibi, vel alteri. Ut puta, nihil interest, utrum testator ita scribat, *Mævius heres esto, si ipse me heredem instituet*, aut, *qua ex parte me heredem instituet*: an

7) Cujac. 18. *Obs.* 11. Captare est referre pro manu gratiam, quam captamus, & quasi reposcimus, needum accipimus. A. Guibert. *Lib* 1. *Q.* 7. *n.* 13. *& seqq.* Captare est instanter capere, & summo desiderio bona aliorum venari Horat 2. *Sat.* 4.

. . . . . *Capies astutus utrique*
Testamenta senum.

Sic captare cœnam Martial. *Lib.* 2. *&* 7. Jo Dauth *de Testam. N.* 26. *& seq.* hanc institutionem esse genus quasi piscationis, qua quis hereditatem suam in hamo defert, ut ab alio, uberiorem forte, alliciat.

an vero ita; *Mævius heres esto, qua ex parte Titius me heredem instituet.* d. L. *illæ, in pr. de her. inst.* priore institutione captatur hereditas ipsius heredis instituti: posteriore, alterius, idest Titii. Similiter oihil interest, utrum testator ita scribat: *Titius heres esto, si me heredem instituet*; an vero ita, *si Mævium instituet*, seu *si Mævium tabulis testamenti sui a se scriptum ostenderit*, ut est exemplum *d. L. illæ in fi.* illic captat testator hereditatem beredis sibi: hic Mævio. In summa etsi captator in his exemplis hereditas dissimiliter: vere tamen dicetur simpliciter eam captari io omnibus, & in omnibus positam esse illecebram, qua vel alius amore heredis instituti ductos, velit testatorem heredem instituere, quo heredi instituto consulat: vel ipse heres velit elium heredem institotum, dum conditioni parere, & hereditatem enferre studet. Quæ omnie in sententiam senatoaconsulti incidere, quo captatoriæ institutiones prohibitæ sunt, scriptum est in *d. L. illæ in fi.*

XXI. Postremo desiderat institutio captatoria conditionem de hereditete obtinenda io futurum conceptam, non in præteritum. Ut puta, illæ iostitutiones non valent, *Titius heres esto, si me heredem instituet*, queles supre retolimus. At illa valet, tanquam minime captatoria; *Titius heres esto, qua ex parte me heredem instituit*, verbis in præteritum collatis, *d. L. illæ, in pr.* quandoquidem si tum conditio falsa fuit, idest si heres jam tum testatorem non instituit; statim infirmatur [8] institutio, ac ne institutio quidem est. *§. conditiones, Inst. de verb. oblig. L. cum in secundo D. de injust. rupt.* Sin fuit vera conditio, ac testatorem heres jam tum heredem instituit: etsi non suspenditur institutio; tamen ideo hac conditione non est captatoria, quie hic testator oihil captat. Ceptamus enim ea, quæ non hebemus, dum id agimus, ut capiamus. Hic autem testator ante institutus iostitutionem jam satis sibi quæsitam hebet: ot dare quidem possit operam, quo hanc retineat: illud oon possit, ut ecquirat quam jam habet.

8) *L.* 81. §. *c. h. t.* Ubi tamen ut sustineatur, sufficit quocunque gradu fuisse institutum *L.* 20. §. *ultim. de cond. inst.* Quæritur, an testementum, quo conjuges se mutuo instituunt, valeat, an vero institutio captatoria sit? Non esse A. Aug. 4. *Emend.* 15. Connan. 10. *Comm* 8. *n.* 5. Alvar. Velasc. *Tom.* 1. *Consult.* 7. *n.* 6. Plura de Captatoria instit. Sarmient. 2. *Select.* 4. Ant. Fab. multa, & nimiopere innovans, 51. *Er. pr.* 4. *&* 6. *seqq.* *&* 60. *Err.* 1. *&* 3. *seqq.*

CAP. XX.

Quot heredes institui possint, & quibus ac quot ex partibus.

Testator potest instituere vel unum heredem vel plures. I.
Item plures gradu. II.
Tam ex æquis partibus, quam ex disparibus. III.
Hereditatem in quot velit partes dividere potest. IV.
Ea juris Auctoribus dicitur As. *Hujus partes duodecim. Harum cum singularum per se, tum conjunctarum nomina.* V. VI.
Quid in his nominibus animadversione dignum. VI.
Quod, & quibus ex partibus heredes instituti sint, voluntatis quæstionem esse, non potestatis. VII.

I. Jam quot heredes institui possint; quibus, & quot ex pertibus, videamus; quæ duo reliqua erant in potestate instituendi heredis, de quibus cognosceremus. Quorum in utroque jus expeditum est. Hic enim libera potestas est statuendi testatori, ut velit sine exceptione. Unum heredem tantom instituere quis potest, ut trihus verbis testamentum perficiat, si velit, ut dicat: *Titius heres esto*, *L.* 1. §. *qui neque, D. de her. inst.* Potest & plures instituere usque in [1] infinitum, quot velit. §. *& unum, Instit. eod.*

II. Nec tantum plores numero, sed etiam plures gradu. Potest cuim quovis gradu plures instituere; potest & plures gradus

1) Ubi tamen infinitum non est multitudo extremis carens, sed incerta legibus non definita. Ego. Baro *in d.* §. 5. Sicuti & in *L.* 88. *de R. V.* Vult. *in d.* §. 5. *n.* 1. Obrect. *Disp.* 20. *n.* 260. *&* *seq.* Estque Synecdoche generis, numerus infinitus pro indefinito. Extremæ dementiæ esset omnes instituere. Quomodo enim omnes nominari, & demonstrari possent; Gomez. 1. *Var. Resol.* 2. *n.* 2. Imperite igitur Accurs. *in d.* §. 5. Heredes institui posse omnes homines mundi. Et falso etiam. Nec enim possunt servi, deportati, peregrini, omnesque non cives. Nec semper verba, *in infinitum*, immensum quid, & immodicum significant, ut *in L.* 7. §. 1. *ad L. Jul. repet.* Cujac. 6. *Obs.* 18. *L.* 4. §. 2. *de in lit. jur.*

Digitized by Google

dus heredum facere, ut prioribus quibusdam institutis, alios in eorum locum substituat. *L. potest*, *D. de vul. & pup. Instit. de vulg. in prin.* Sed de substitutionibus separatim postea dicendum est. Et quod valet in numero heredum, idem juris est in hereditatis partibus.

III. Cum instituit quis plures heredes, potest quas velit hereditatis partes facere, vel ut eos instituat ex æquis partibus, vel ut instituat ex disparibus.

IV. Potest & in quot velit partes hereditatem dividere, ut tot ratæ sint, quam multas dixerit, nec plures intelligantur. *§. non autem*, *Inst. de her. inst.*

V. Sed quoniam qualescunque & quotcunque partes ex voluntate testatoris futuræ sint, commoditas divisionis exigit, ut certæ partes intelligantur: ideo commoditatis hujus retinendæ caussa, juris auctores hereditatem quoddam totum esse statuerunt, & hujus certas partes. Illis hereditas dicitur *as*, cum ad nomen totius dividendi caussa redigitur. Hujus assis partes [a] *duodecim*; quarum unaquæque separatim uncia nominatur. Crescente autem singularum numero, ut cum dicimus duas, tres, quatuor, quinque; singulis his partibus nomina certa attributa sunt usque ad assem: quæ referuntur in *§. hereditas*, *Inst. de her. inst. L. servum.* 50. *§. ult. D. eod.* significatio singularum exposita a Theophilo in *d. §. hereditas.*

VI. In illis nominibus illud animadversione dignum est, quod cum omnia indita sint ad numerum significandum, & fere eamdem analogiam, & verbi originem eamdem præ se ferant; quædam tamen significant numerum partium totius; quædam numerum unciarum, magno, ac longe distincto significationis intervallo. In quo falli valde proclive est, nisi muneamur. Nam in his sextans non significat sex uncias, sed sextam partem totius assis, id est duas uncias; quadrans non significat quatuor uncias, sed quartam partem assis: id est, tres uncias ex duodecim. Idemque fit in triente. At quincunx, quod appellatur eadem forma, & eadem analogia, non significat quintam partem assis, ut sint duæ unciæ, & aliquid amplius; sed significat uncias quinque; sic septunx septem uncias, dextans decem uncias; non autem septimam aut decimam partem assis. Ut igitur hæc recte notentur a nobis, & ne nos fallant; observandum est in his nominibus quatuor esse, quæ exprimant numerum partium totius. Hæc autem sunt, sextans, quadrans, triens, semis. Cætera significant numerum unciarum, ut in singulis ordo, quo hæc usque ad assem collocata sunt, poterit indicare. Sic usus apud Romanos obtinuit, quem penes arbitrium est, & vis, & norma loquendi, ut est apud Horat. *in Arte*. Quamquam nihil hic admodum fit adversus analogiam, si cum omnia quantitatis, & numeri significationem habeant, quædam ad numerum partium potius, quædam ad numerum unciarum referantur, partium omnium melius exprimendarum caussa.

VII. Quot sint heredes, & quibus ex partibus, voluntatis quæstio est, non potestatis testatoris. Hæc enim ita sunt, non ut testator statuere potuit, sed ut voluit. Ideo ad sequentem locum de voluntate testatoris in instituendo spectanda, referenda sunt.

CAP.

a) Cujac. *in L.* 13. *h. t.* Ut Astrologi res omnes revocant ad 12. partes, ita & ICti hereditatem, usuras, res solidas omnes. Et si testator plures aut pauciores partes fecerit, tacito jure in 12. semper hereditas resolvitur. Vid. & de numeri duodenarii commoditate. Duar. 2. *Disp.* 36. & Budæ. *Libris de asse.* Confer. Ant. Aug. 2. *Emend.* 8.

CAP. XXI.

Instituere heredem quid sit. Institutum judicio defuncti videri, qui & verbis institutus sit institutionem significantibus, & sententia testatoris verbis congruente. Alterum sine altero ad omnem institutionis partem nihil prodesse: sive de persona instituti agatur, sive de institutionis forma, sive de hereditatis partibus. Quod quale sit, in singulis ordine declaratur.

Quid sit heredem instituere. I.
Perficitur institutio verbis voluntatem declarantibus, & sententia verbis congruente. Utrunque necessarium. Non esse contrarium, quod dicitur, voluntatem totum facere. II.
Constat institutio: persona instituti, hujus institutione, partibus hereditatis, si plures instituti sint, distribuendis. III.
Verba hic generaliter accipi pro scripto, *&* voce *testatoris.* IV.
Heredem verbis demonstrari oportere. V.
Id fieri vel nomine suo, vel signo aliquo indubitabili. VI.
An recte heres nuncupetur digiti indicio cum præsens est, qui ostenditur. VII.
Quid si testator optaverit aliquem sibi heredem, atque hujus loco instituerit alium, hunc, quem vellet, existimans. VIII.
Non esse satis, scriptum quem, aut nuncupatum esse, nisi eum testator heredem voluerit. IX.
Eum noluisse accidere posse vel ejus errore, vel incogitantia. X.
Error aut in corpore, aut in conjunctione sanguinis. XI.
Quando in corpore. XII.
Quando in sanguinis conjunctione. XIII.
Hereditas per errorem institutis non aufertur ut indignis, sed quasi scripti non essent. XIV.
Falsam demonstrationem neque institutioni, neque legato nocere. XV.
Quo modo accidere possit ut per incogitantiam testator heredem nuncupet quem nolit. XVI.
Quod in persona heredis instituendi ut verba, & voluntas testatoris concurrant; idem in ejus vocatione ad hereditatem requiri. XVII.
Ut institutio valeat, necesse non esse plenam orationem institutionis exprimi. Has institutiones: Lucius heres; Lucius esto, *valere.* XVIII.
Quid si Lucius *tantum.* XIX.
Si testator conditionem inserere destinans, non addiderit, eum, qui scriptus sit, pro non instituto habendum. XX.
Huic sententiæ non adversari quod Justinianus constituit in L. si testamentum 8. C. de instit. & subst. XXI.
Partes hereditatis, quo modo relictæ intelligantur, ex eadem scripti, & voluntatis regula æstimandum. XXII.
Ex æquis partibus volens testator heredes facere, nihil necesse habet cavere de partibus. XXIII.
Secus si ex disparibus. XXIV.
Quid si aut nulla, aut non tota portio adscripta sit, quam testator adscribere voluit. XXV.
Nec voluntas sine scripto valet, nec contra. XXVI.

I. CUm institui poterunt, quos testator sibi destinavit heredes, de qua potestate hucusque dictum est: restat ad deferendam hereditatem, ut voluntas ad rem conferatur; id est ut quemadmodum potuit heredes instituere, sic instituat. Aut si jam de testamento facto agitur; restat, ut quæratur, an sint instituti. Sic enim posuimus initio, cum de heredibus instituendis agere cœpimus, voluntate testatoris nobis directo deferri hereditatem, cum ab eo heredes instituti sumus. Et vero ad eam rem lex duodecim Tabularum hujusmodi institutionem, & in ea institutione voluntatem defuncti præcipue confirmat, ut declaratur in *L. verbis, D. de ver. sig.* [1] Instituere heredem, est designare, quem velis tibi heredem

1) Govean. 1. *Var. Lect.* 1. n. 3. *&* *ad Rubr. D. de vulg.* n. 5. Vis verbi *instituere*, inquit, est ponere, & collocare Cic. 2. *ad Attic.* Vectium judicem in rostra produxit, eumque in templo instituit. & *d. C.* 1. *n.* 4. Merito institutus dicitur, quem in patrimonio, & juris nostri locum ponimus, & locamus. Loriot. *de Jur. arte Tr.* 13. *de Hered. instit. Axiom.* 1. Instituere a *statuo*, vim cujusdam legis continet, & in futurum aliquid faciendum disponit. Vid. & Vacon. 4. *Declar.* 60. *n.* 1. Duar. *pr. l. Ca.* 1. Vult. *in Pr.* 1. *de Exher. n.* 3. *& seqq.* Contra Hotom. *ad pr.*

redem, seu bonorum, & universi juris successorem esse. Sic enim dictum est instituere, ut compositio verbi indicat, quasi *statuere*, *& locare aliquem in re aliqua*. Qua autem in re, intelligimus ex adjuncto, cum heredem institui dicimus. Heres enim est universi juris successor; uti hereditas universi juris successio. *L. hereditas D. de reg. jur.* Unde intelligitur, heredem instituere nihil aliud esse, quam locare aliquem in re tua, seu statuere eum, qui in locum, & jus tuum inducatur. Solum hic videndum ad voluntatem, & judicium testatoris, quibus rebus perficiatur heredis institutio, ut, his animadversis, etiam ex his institutio deprehendatur.

II. Perficitur heredis institutio duabus rebus: [a] verbis testatoris voluntatem de institutione significantibus, & testatoris sententia verbis congruente. *Verbis*; ut quidquid testator cogitarit de rebus ad institutionem pertinentibus, quas easdem velit institutione contineri: id verbis testamenti exprimat, aut significet. *Sententia*, ut quod de his rebus scripsit, dixitve, id senserit, voluerit. Neque voluisse quid ad deferendam hereditatem quidquam prodest, nisi & testator verbis detulerit, expresserit: neque contra quidquam scripsisse, aut dixisse, nisi voluerit. *L.* 9. *in pr. D. de her. inst.* Nec quisquam putet contrarium esse, quod dicitur, voluntatem testatoris in testamentis totum facere. *L. ex facto.* §. *rerum*, *D. de her. inst.* Hoc enim ubique de voluntate accipiendum est, quæ sit testata: quando & de testamento hic agimus, & heredem institutum intelligimus, qui sit testamento institutus. Utrunque horum sic in institutione intervenire oportet, ut & ipsa concurrere oporteat in omnibus institutionis necessariis partibus.

III. Constat omnis institutio natura tribus rebus; persona heredis instituti; hujus institutione, id est vocatione ad hereditatem, & partibus hereditatis inter heredes distributis, si plures instituti erunt. Nam, ut cuiquam deferatur hereditas, esse oportet, cui deferatur, & certo modo deferri; & inter plures heredes certas partes hereditatis fieri. In his, inquam, tribus, ad institutionem heredis concurrere duo hæc oportet, verba, quibus hæc exprimantur, & sententiam testatoris; ut neutrum sine altero quidquam proficiat.

IV. Verba hic generaliter dicimus, *scriptum*, aut vocem testatoris; ut tamen utrique generi testamentorum accommodata verba intelligantur: nempe scripta in testamento scripto; nuncupata in eo, quod fit per nuncupationem. Utro enim genere institutio exprimatur, dummodo verba sint testamento convenientia, nihil interest. Is quidem vere institutus dicitur, qui scriptus est. *d. L.* 9. *in pr. de her. inst.* Sed & eum recte institutum dicimus, qui scriptus non est, sed solum nuncupatus, ut est in *L.* 1. §. 1. *D. eod.* Utcunque est, verba certe alterutrius generis cum sententia testatoris ut in omnibus superioribus partibus concurrant, voluntas testatoris, quæ testata esse debet, exigit. Quod quàm verum sit, quamque ad superiores istas partes pertineat, ex singulis ordine cognoscamus.

V. Et ut ordiamur ab heredis persona, jam primum [3] designari verbis oportet, & eum certum, quem sibi heredem testator velit. Heres institui, nisi certus demonstretur, nemo potest. *L.* 9. §. *heres*, *de her. instit.* Itaque illæ institutiones nullius momenti sunt: *aliquis ex fratribus meis*, aut *aliquis ex cognatis meis heres esto*. Nemo enim hic demonstratur. Proinde nullus erit heres, quamvis, cæteris omnibus uni concedentibus, aliquis exsistat, qui se dicat paratum hereditatem suscipere. Nam nec is designatus est, aut demonstratus verbis; quod quærimus.

VI. Demonstratur heres citra controversiam nomine suo. Sed demonstratur & sine nomine, signo quovis, & quavis demonstratione, ex qua intelligi possit, quis designetur. *d. L.* 9. §. *si quis nomen*, *de her. inst.* Et generaliter in omnibus partibus juris ad res indicandas, & nominatim appellandas, demonstratio vice nominis fungitur. *L. certum*, *D. si cer. pet.* *L. nominatim*, 90. *D. de leg.* 3. *L. nominatim*, 34. *D. de con. & dem.* *L.* 2. *D. de lib. & post.* §. *nominatim*, *Inst. de exh. lib.* Et ideo recte heres instituitur hoc modo: *frater meus*, *cognatus meus*, *præceptor meus mihi heres esto*; cum testator unum fratrem, unum cognatum,

ad pr. I. de vulg. subst. Instituere ait, hoc differt a ponere, & collocare, quod iter a mens. Instituere est parare: ut instituere ad eruditionem, & virtutem. Instituere filium, id est adoptare Cic. *pro domo.* Instituere tutorem Cic. *Lib.* 1. *de Orat.* Instituere amicos, id est comparare &c. Nec institutus heres in sede nostra collocatur; raro enim moribundi testamenta condunt, sed paratur, & reservatur ad usum, ita Hot.

a) Nutu heres institui nequit per *L.* 29. ubi vid. *not. Goth. C. de Testam.* vid. & Cujac. *Consult.* 36.

3) Ab ipso testatore. Non igitur valet institutio ad interrogationem tertii, notarii forte facta: visne L. Titium tibi heredem? Volo. Vid. Vigl. in §. 3. *I. de testam.* n. 9. *& seqq.* Fachin. 10. *Controv.* 17 Arumæ. *Exer. Justin.* 8. *Th.* 5. Diss. Fachin. 5. *Controv.* 89. sed retractat suam sententiam *d. C.* 17.

tum, unum præceptorem haberet. Nam & hoc modo recte filius exheredaretur: *filius meus exheres esto*, cum esset unicus. Ubi tamen præcipue exigitur, ut exheredetur filius nominatim. *d. L.* 2. *D. de lib. & post d.* §. *nominatim, de exh. lib.* Sic nimirum demonstratio certam personam facit, quod solum exigimus.

VII. Hinc etiam non dubitatum, quin recte heres ita nuncupetur digiti indicio: *hic mihi heres esto*, cum præsens est, qui ostenditur. *L. nemo*, 58. *D. de her. instit.* Demonstrationem turpem, & contumeliosam hic excipimus. Hac adjecta, odio scribentis nulla est institutio, ut & legatum. *d. L.* 9. §. *si quis nomen, de her. inst. L. turpia in pr. D. de leg.* 1. Sed de ea satis dictum est in institutionis modo. Neque vero alia de caussa exigitur, ut certus verbis demonstretur heres, quam quod ne demonstratus quidem intelligitur omnino, qui certus demonstratus non fuit. Pro non dicto est enim, aut non scripto, quod ita dictum, scriptum est, ut non intelligatur. *L.* 2. *D. de his, quæ pro non scrip. hab.*

VIII. Quod si ita est: multo minus habendus est pro instituto is, de quo omnino testator nihil scripsit. Quod usque adeo placuit; ut, quamvis testator optaverit aliquem sibi heredem esse, atque adeo hucusque processerit, ut hujus loco alium institueret, dum hunc, quem vult se instituere existimat in corpore errans: tamen placeat institutum non esse, quem volnit. Quia voluerit quidam heredem eum habere, sed non scripserit. Itaque [4] neutrum heredem futurum: neque eum, qui scriptus est, quia voluntate deficitur, de quo mox: neque eum, quem voluit, quia scriptus, aut verbis appellatus non est. Ideo, ut scribatur, ut verbis appelletur heres, ad institutionem exigimus. Hoc in *d. L.* 9. *in pr. de her. inst.* At enim illa institutio valet; *Cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto.* L. institutio, *D. de cond. inst.* ubi tamen testamento nemo scribi, aut demonstrari videtur. Sed satis demonstratur heres his verbis. Is enim designatur, quem codicillis contineri postea cognitum erit. Unde ducatur demonstratio, dum certa sit, ad demonstrationem nihil interest. Non nunc quidem demonstratur his verbis heres, sed demonstratio ad tempus futurum refertur. Quod si postea certum esse cœperit, & ipsam testamenti demonstrationem ex illo certam fieri necesse est.

IX. Non est satis, scriptum, aut nuncupatum esse heredem, ut sit institutus. Non erit heres, nisi & testator heredem esse voluerit.

X. Quid ergo, potest quis heres scribi aut nuncupari verbis, ut tamen testator heredem esse noluerit: cum nec dicat, nec scribat quisquam, nisi volens? Sane vero potest: idque dupliciter contingit, vel errore testatoris, vel incogitantia.

XI. Error hic voluntatem impediens duplex est. Aut enim est in corpore instituti, aut in conjunctione sanguinis.

XII. In corpore: cum testator eum, quem instituere volebat, de facie, & corpore non novit; & in hac ignorantia alium instituit, ratus, eum esse, quem voluit. Placet, eum qui scriptus est, heredem non esse, quia voluntate deficitur. *L.* 9. *in pr. de her. inst.* Et generaliter nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. ead. *L.* 9 *in pr. vers. sed. si conditionem.* Finge, testatorem habere aliquem cognatum peregre, quem non noverit, & nunquam viderit: nuntiari autem hunc esse Lucium Titium, qui sit reversus, quod & testator crediderit, cum is non esset. Si in hoc errore testator Lucium Titium heredem instituat, ut dicat, *Lucius Titius, qui ex peregrinatione reversus est, heres esto:* hic heres non erit. Unde eveniet, ut neuter sit heres: neque qui scriptus est, quia hunc testater noluit heredem: neque cognatus, quem voluit, quia is scriptus non fuit. *d. L.* 9. *in pr. de her. instit.*

XIII. Idem efficit error in conjunctione sanguinis. Est autem hic error hujusmodi: si quis, puta, eum, cujus in corpore non erret, quia hactenus bene cum noverit, existimet filium suum esse, qui erat suppositus; fratrem esse tanquam a patre adoptatum, qui adoptatus jure non erat. Horum aliquem si scripserit heredem ut filium, aut fratrem, qui non erat: pro instituto non erit: quia testator noluit sibi heredem esse, quem propter conjunctionem sanguinis sibi heredem instituebat. *L. neque*, *C. de testa. L.* 4. *L. nec apud*, *C. de her. inst.*

XIV.

4) Exemplum dicit post Accurs. Duar. *h. t. C.* 3. *& ad L.* 4. *de leg.* 1. esse in Isaaco: qui volens instituere Esauum, instituit Jacobum deceptus. Hic, licet velit Conn. 10. *Com.* 6. *n.* 8 Esauum recte institutum censeri, ex LL. Romanis: neuter heres. Nec obstat, inquit, quod voluntas semper spectanda. Licet enim evidens sit, sola non sufficit. Instituere est nuncupare, vel scribere *L.* 1. *h. t.* non velle scribere. Est enim hic actus, in quo sola voluntas non sufficit. Quorsum alias solemnia tanta? Et exemplum apertæ voluntatis, nec valentis tamen, in *L.* 46. *h. t.* de qua vid. Cujac. 2. *ad Afric.*

XIV. Neque his heredibus ita scriptis, aufertur hereditas ut indignis, & vindicatur fisco: sed quasi scripti non essent, ita hereditas ad eos pertinet, qui, istis omnino non scriptis, herades futuri essent. *d. L. nec apud C. de her. Inst.* Quod eo pertinet, ut, quod dicitur in *d. L. 3. C. eod.* hujusmodi institutis auferendam esse successionem, sciamus, sic accipiendum esse, ut auferri quidem debeat; non tamen ut indignis, ut sic vindicetur fisco: sed auferri, ut iis, qui heredes non sunt; qui propterea restituere debeant veris heredibus.

XV. Sed hæc, inquam, ita sunt, si quis erret in conjunctione sanguinis; alioqui si quis sciens, Lucium Titium sibi filium, aut fratrem non esse, eum tamen sic instituat, ut filium, aut fratrem vocet, nihilominus heres erit. *L. nemo*, 58. *in fin. D. de her. instit.* Nec nocebit falsa demonstratio, quæ ex errore non nascens voluntatem testatoris non impedit. *L. falsa, D. de cond. & dem.* Nam plerique quos maxime diligunt, solent filios, & fratres appellare. Cæteris in rebus falsa [5] demonstratio, nec si ab errore profecta sit, institutioni nocet. Veluti si quis erret in patre, aut patria heredis, vel in alia assumptione: & ex eo errore falsum aliquid heredi attributum sit. Hic, dum certus sit, qui demonstratur, institutio valet. *L. his verbis* 48. §. *ult. D. de her. inst.* Ut puta, testator ita scripsit: *Lucius Titius Sempronii filius*; *Lucius Titius Belga*; *Lucius Titius Grammaticus mihi heres esto*. Non erat Sempronii, sed Mævii filius; non Belga, sed Germanus; non Grammaticus, sed Rhetor. Nihilominus in his omnibus institutio valebit. Pertinet enim ad definitionem generalem de demonstratione, falsam demonstrationem neque institutioni, neque legato nocere. *L. falsa. L. demonstratio, D. de con. & dem.* Quod semper ita accipiemus, dum nihil amplius sit, quam falsa demonstratio: non etiam error, qui voluntati obstet: qualis nasci solet ex errore sanguinis; ac propter hanc opinionem instituitur quis, ut consanguineus, qui non erat, ut supra dixi.

XVI. Interdum & incogitantia testatoris facit, ut quamvis nullo modo erret in persona instituti: tamen eum scribat, aut nuncupet heredem, quem nolit. Quod cum fit, ne hic quidem heres erit, quem noluit. Finge, cum Primum heredem ex parte dimidia instituere destinasset, idque constaret. Primum, & secundum scripsisse, vel oblivione, vel obreptione, & falsa suggestione eorum, qui aderant. Placet solum Primum scriptum videri, & heredem exsistere, quasi ex dimidia parte institutum. *d. L. 9. in pr. vers. extremo, de her. inst.* De hac incogitantia constare poterit vel ex eo, quod testator prius testatus sit coram testibus, se in animo habere ex semisse tantum Primum instituere: vel ex verbis testamenti, si forte in principio scripserit, si quem præter Primum ex semisse heredem instituerit, nolle se eum heredem esse: arg. *in L. si quis in principio*, 22. *D. de leg.* 3.

XVII. Quod in persona heredis instituendi exigimus, ut & in hoc designando verba, & in instituendo voluntas testatoris concurrant: idem exigimus & in hujus institutione, idest in hujus vocatione ad hereditatem. Hæc nisi verbis expressa, nulla futura est, quamvis testator factum voluerit: nec rursum expressa contra voluntatem valebit. Verbis exprimi institutionem oportet. Quibus exprimatur, sane nihil refert. Verba tamen semper intervenire oportet, quæ hanc significent. *L. quoniam, C. de test.* scilicet ut dicat testator: *Titius mihi heres esto*; vel *Titius hereditatis meæ dominus esto*; quæ vetus formula fuit heredum instituendorum, aptissime id, de quo agitur, exprimens. *L. 1. §. qui neque L. his verbis, D. de her. inst.* Ulpianus *in Frag. Tit. quem her. inst. deb.* vel ut dicat, quo significet, se velle hereditatem suam, & successionem ad aliquem pervenire. Ideo & hæc quoque verba pro institutione hodie valebunt. *Titio bona mea, patrimonium meum, facultates relinquo.* Quæ verba in testamentis pro hereditate accipiuntur, ubi voluntas testatoris aliter consistere non potest. *L. nam quod*, §. *ult. L. cogi, seq. D. ad S. C. Treb.*

XVIII. Verumtamen hic notandum est, non necesse esse, plenam orationem institutionis exprimi, ut institutio valeat [6] satis est, si ea verba ponantur, quæ non possint convenire recte, nisi institutioni: ut, his positis, quod deest orationi, supplea-

5) Exemplum est in *L.* 5. *C. h. t.* ubi non ex eo valet institutio, quia inter virum, & uxorem sit quædam affinitas, ut ibi notat Goth. Sed quia falsa demonstratio non vitiat, ut recte Matth. Gribald. *Lib.* 1. *de Rat. stud. C.* 10.

6) Et verba quoque enunciativa institutionem inducere; maxime si non in præterito vel futuro, sed in præsenti, & per modum caussæ prolata: Ut. *Quia Lucium heredem institui*, *lego Titio centum*, statuit Modest. Pistor. P. 4. Q. 46. Imo, etsi in præterito prolata per modum caussæ, efficacia, tex. de exheredatione *in L.* 61. *h. t.* Multo magis igitur in institutione. Non autem huc pertinet *L.* 19. *h. t.* Nam ibi in vers. *an hic occupare posset*, non quæritur de Sejo, qui conditione, sed de Sempronio, ut ostendit Bellon. 2. *Supputat.* 15. & A. Fab. 5. *Conject.* 20.

Digitized by Google

pleatur, atque ita valeat institutio. Quod si ea verba erunt, quæ institutioni quidem aptari possint, verum non soli: nihil actum est: quasi nihil scriptum sit certi de institutione; quod exigimus. Hoc illud est, quod placet veteribus has institutiones valere: *Lucius heres*; etsi non adjiciatur, *esto*: & *Lucius esto*, etsi non adjiciatur, *heres*, ut & illic *esto*, & hic *heres* intelligatur; quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum. At si testatur solummodo dixerit, *Lucius*, hoc [7] non procedere, ut disseritur in *L.* 1. §. *si ex fundo*, *D. de her. inst.* Recte omnia. Nam utraque harum orationum, *Lucius esto*; & *Lucius heres*, etsi non est absoluta: hactenus tamen progreditur, ut intelligatur, non posse convenire, nisi institutioni. Illa quidem, *Lucius heres*, aperte verbum substantivum desiderat, *esto*, vel *est*. Quo addito, institutio perficitur. Illa autem verbis, *Lucius esto*, non potest recte, & testamento convenienter aliud intelligi, quam *esto heres*; minime autem *esto legatarius*. Primum his verbis, *iste esto mihi legatarius*, nemo neque olim solitus est, neque hodie uti solet ad legatum alicui relinquendum. Tum autem ad legatum esset inutile, quandoquidem legatum non intelligeretur. Neque enim exprimitur res, ex qua legatarius habeatur. Quod scriptum non intelligitur, pro non scripto est. *L.* 2. *D. de his, quæ pro non scr. hab.*

XIX. At illud verbum, *Lucius*, si solum scriptum est, ideo ad institutionem non valet, quia in eo nihil est, unde institutio, non dico, exprimatur, sed intelligatur. Non enim magis potest convenire institutioni, quam legato. Potest intelligi hoc verbo, *Lucius heres esto*: sed potest & illud, *Lucius rem aliquam sibi habeto*, *capito*, *vindicato*. Quibus verbia olim legabatur per vindicationem, Testis Ulpianus in *Frag. Tit. de legat.* Quod tamen dicimus hoc verbo, *Lucius*, solo posito, nihil actum videri, nec fore eum heredem: sic accipiendum est, nisi errore scribentis hæc verba, *heres esto*, omissa sint. Quibus, ita omissis, nihilominus heredem hinc existere posse placuit quasi hoc casu minus scriptum sit, plus nuncupatum. *L. errore*, *C. de test.* Error scribentis indicat, voluntatem testatoris fuisse in hoc verbo, ut Lucius instituatur heres. Ideo enim in superioribus verbis omittendis scriptor erravit, quod, cum ex voluntate testatoris deberet illa adjicere, per errorem omisit. Sic autem facile probabitur error scribentis, si constet, testatorem dictasse: *Lucium heredem*; deinde hæc verba, *heres esto*, desint. Quod, si de errore scribentis, in his omittendis, nihil probetur, idest nihil de voluntate testatoris, quasi declararit prius se velle, hunc sibi heredem esse: nihil est in verbo: *Lucius*, unde hæc voluntas deprehendatur. Summa huc redit nihil ad rem pertinere si testator voluit aliquem heredem sibi esse; si non scripsit, heredem non futurum: nisi aliquid ex verbis institutionis posuit, ex quo possit intelligi, eum instituendi Lucii caussa posuisse, vel propter naturam orationis, quæ institutioni solum conveniat, vel propter errorem scribentis; idest propter voluntatem instituendi præcedentem, quæ declaret, verba esse omissa per errorem.

XX. Demus jam verba institutionis plane, & dilucide scripta esse. Æque atque adeo multo magis nihil agitur, si voluntas refragetur. Voluntas est, quæ facit, ut in testamento scriptum valeat. *L.* 12. *in fi. D. de leg.* 1. Ut illud vere definiatur in universum, nec nuncupatum, id est verbis enunciatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. *d. L.* 9. *in pr.* vers. *si conditionem*, *de her. inst.* Cujus sententiæ tot sunt exempla, quot in caussis fieri supra diximus, ne testator eum vellet esse heredem, quem vel errore, vel incogitantia scripsisset. Cujus enim personam repudiat in institutione, ne sit heres, ejus quoque aperte institutionem improbat, si ad hanc usque verbis processerit. Non enim fit, nisi institutione heres. Quæ, si in institutione servantur: necesse fuit admitti in conditione, quæ institutioni adjiceretur: ut sive ullam adjicere destinasset testator, neque acripsisset, nulla esset institutio: sive addidisset, quam nollet, ea haberetur pro non adjecta. Conditio namque institutionis pars est, & quidem maxima. Hac enim existente, fit, ut institutus sit heres, id est vere institutus. Deficente, ut ne sit omni-

no

7) Recte. Ex sola nomine intentio voluntatis instituendi heredem nequit liquere, & conjectari. Ant. Massa Galles. *Lib.* 2. *de Exerc. Jurisperit.* *n.* 28 Non igitur audiendus Cujac. *in d. L.* 1. §. 5. putans Marcelli sententiam illic relatam non obtinuisse: Nec Loriott. *de l. arte Tr.* 13. *de Her. inst. Axiom.* 4 exponens, *non insubtiliter*, id est, non valde subtiliter, ut vocula in non privet, sed augeat. Et simile putat haberi in *L.* 7. §. 6. *de pact.* ibi, *quod non insubtiliter*, id est, inquit Loriottus, non valde subtiliter, *dici potest*. Sed nos præterea refellit id, quod certe, ætate Marcelli, institutio non nisi directis verbis fieri potuit. *Esto* autem est verbum directum, *Lucius*, solum nomen, & verbum nec directum, nec inflexum. Et formula directorum verborum requirebat, & casum rectum in nomine heredis, & verbum imperativi modi. Vacon. 4. *Declar.* 55. *n.* 3.

Digitized by Google

no heres. *L.* 1. *L.* 2. *C. de inst. & subst.* Placuit igitur, si testator, cum conditionem destinasset inserere, non addiderit, eum qui scriptus est, nec pro instituto habendum: non dico pro instituto pure, ut conditio subintelligatur; sed omnino pro instituto non habendum, ut est in *d. L.* 9. ver. *tantundem, de her. inst.* Et recte: primum, quia conditio scripta non est, quæ maxima ex parte institutionem continebat; ut, hac omissa, perinde sit, quasi non esset scripta institutio. Deinde, quod detracta conditione, ipsa institutio, quæ scripta est, voluntatem testatoris non habet. Quem enim testator, nisi conditione aliqua exsistente, heredem esse non vult, eum, hac conditione deficiente, non vult esse heredem, proinde nec institutum sine hac conditione; quoniam, hac omissa, sciri non potest, utrum ea exsistat, necne.

XXI. Non adversatur huic sententiæ, quod Justianus constituit in *L. pen. C. de inst. & subst.* ex hac scriptura: *Titius heres esto secundum conditiones infra scriptas*, etiam conditionibus non adscriptis, valere, & puram esse institutionem. Quod enim dicitur, institutum pro instituto non esse, si testator destinans conditionem inserere, non adjecit: sic accipiendum est, si quidem constet, testatorem ita animo destinasse. Quod enim quem fecisse ponimus, etiam fecisse eum probari debet; ut fit in omni re, quæ ab aliquo in judicio dicitur. *L.* 2. *D. de prob.* Alioqui, verbis testamenti, quæ institutionem puram habent, standum sit; ut & verbis cujuslibet instrumenti, adversus quæ nihil probetur. *L. cum precibus, C. de prob.* At his verbis: *Titius heres esto secundum conditiones infra scriptas*, non probatur, testatorem voluisse omnino conditionem adjicere. Immo vero, si non adscripsit, hoc ipso probatur potius, eum adjicere noluisse. Adjecisset enim, si vellet, quia poterat, & erat in promptu. Non adjecit. Adjcere igitur noluit: ut appareat, quod addidit de conditionibus, consilium fuisse tantum, quo deliberaret apud se, num quas conditiones addere vellet, necne: post autem hoc *) consilium omisisse. Idque ex eventu apparet; quia, ut dixi, cum posset, non addidit. Atque ut hoc recipitur in conditione, ut, hac non adscripta, non valeat institutio, cum testator conditionem adjicere voluit: ita placet hoc quoque vice versa, si conditionem addidit testator, dum nollet, conditionem pro non adjecta esse, & institutum, ea detracta, heredem futurum. *d. L. quoties, in pr.* ver. *sed si conditionem.*

XXII. Postremo eadem quoque regula scripti, & voluntatis servatur in partibus hereditatis inter heredes distribuendis. Partes hereditatis non semper verbis exprimi necesse est. Verumtamen necesse est, saltem verbis significari.

XXIII. Cum testator æquas partes inter heredes fieri vult, nihil necesse est caveri de partibus. Ut æquæ fiant, consequitur testator simpliciter eos heredes instituendo. Sic enim æqualiter sunt heredes. *d. L.* 9. *§. heredes, de her. inst.* *§. si plures, Inst. eod.* Neque tamen sine verbis institutionis, hic partes æquas fieri dixeris. Non exprimuntur hæ verbis: at verbis satis significantur; quod tantundem valet. Cum enim testator plures heredes instituerit, satis significat, velle se singulos habere tantum partem hereditatis: cum singuli solidam hereditatem habere non possint. Jam cum instituti sint omnes pariter, & ex æquo; vel hinc quoque satis intelligitur, quid testator de partibus senserit: nempe voluisse eum, ut, qui ita instituti sunt, hi ex paribus quoque & æquis partibus heredes essent: quoniam ut est jus heredum, ita sunt ea, quæ pro eo jure ex hereditate obtinent.

XXIV. Quod si testator ex disparibus partibus velit esse heredes: hic, ut cogitavit de partibus, ita & verbis exprimi eas oportet. Non solum quia est necesse, ut voluntas testatoris de hac distributione intelligatur: sed etiam quia & hac parte, voluntatem verbis testatam jus exigit. *d. L.* 9. *§. heredes, d. §. si plures, Inst. eod.*

XXV. Hic tamen idem temperamentum servatur, quod in institutionis verbis supra diximus; ut, si non tota portio adscripta sit, quantam testator scribi voluit: si tamen aliqua pars ejus sit posita, tota portio, quam voluit, videatur delata. Ut puta: cum, dictando jussisset, aliquem ex semisse scribi ex quadrante tantum est scriptus. Placet ex semisse heredem fore, idque eadem illa ratione superiore defenditur

*) Duaren. *ad Tit. D. de condit. instit. C.* 3. putat *d. L.* 9. § 5. abrogari per *d. L. pen.* Ho. 1. *Amic.* 4. hic Tribomani socordiam taxat. Sed rectius, opinor, noster. Quæ & Accursii solutio est; nec tantam divinationem (quæ non omnis ubique aliena, & rejicienda, vid. Zas. *in L.* 15. *de reb. cred.* n. 19. Greg. Lopez. *Animadv.* G. 11. n. 4. & C. 29. n. 3.) continet, ceu videtur A. Fabro 35. *Err. pragm.* 9. Quin eam potius sequendum, quam, quod Faber facit, triplici modo *d. L.* 9. § 5. corrigenda, & Imperator in *d. L. pen.* ineptitudinis arguendus. Quorum utrumque ab interpretis officio nimium quantum discrepet.

ditur, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum. *d. L.* 9 *in pr.* ver. *sed si non in corpore, de her. inst.* Et hoc idem, diximus, servari in institutione, cum testator dictasset *Lucium scribi heredem*, & scriptum tantum esset: *Lucius.* Diximus enim & hunc, agnito errore, heredem futurum; idque eadem ista ratione. *d. L. errore, C. de testa.* Fingamus autem, nihil omnino scriptum esse de parte, quam testator addere destinasset. Apparet ex superiore sententia, in ea [9] parte nihil agi, cum ea sententia id exigat, ut saltem aliquid ex ea portione adscribatur: sitque non totum nuncupatum, nihil scriptum; sed scriptum aliquid, plus tamen nuncupatum. At enim si testator ita heredes instituerit, *ex partibus, quas adscripsero*: placet, etiam nullis adscriptis partibus, esse heredes, nempe ex æquis [10]. *L.* 2. *D. de her. inst.* Sed nihil hoc ad rem pertinet. Nos enim agimus de eo, quem constet de certis partibus adscribendis cogitasse, quas non adscripsit. His autem verbis, *ex partibus, quas ascripsero*, non probatur testatorem de aliis certis potius sensisse, quam de iis, quas intelligendas reliquit: id est æquis. Cum hic heredes instituti sint ex æquis partibus, non posse dici, eos institutos esse ex aliis partibus, quam de quibus testator cogitarit. At, dixit, se partes adscripturum postea, neque adscripsit. Nempe huc res redit, ut non sint heredes instituti ex partibus adscriptis. Sed hoc ipsum facit, ut sint instituti ex certis partibus, nempe æquis. Id enim fit, quoties plures instituuntur partibus non adscriptis. *d. L.* 9. §. *heredes, de her. inst.* Quinimmo etsi, eum, qui omnino destinasset partes adscribere, concederemus nolle valere institutionem, nisi nominatim aliquas adscripsisset; tamen recte negaremus, id ad hanc speciem pertinere. Nihil enim hic proponitur, quo probetur testatorem omnino constituisse adscribere ullas partes. Immo contra ex eo, quod fecit, probatur, eum nullas partes adscribere voluisse. Nam si voluisset, poterat. Quod quia non fecit, satis argumenti est, eum noluisse: quo argumento & antea usi sumus ad defendendam illam institutionem: *Ille heres esto secundum conditiones infra scriptas.* Habet quidem utraque institutio conditionem, si conditiones, si partes postea adscripsero: *L.* 6. *D. de leg.* 1. ac conditione institutionis non existente, etiam quæ ex facto testatoris pendeat, nulla est institutio. *L. institutio, D. de cond. inst.* Verum hæc conditio, ex partibus, quas adscripsero, non adjicitur institutioni, sed partibus. Instituitur enim heres ita, ut semper sit heres, & omnino heres: Veruntamen ex certis partibus, si modo sint adscriptæ. Unde evenit, ut, hac conditione non exsistente, institutus non sit heres ex certis partibus. Sed, hac parte institutionis sublata, manet altera, ut sit heres ex æquis. Quasi duplici facta institutione, inquit, Ulpianus, una videlicet *pura* de ipsa hereditate, altera *conditionali* de certis, & disparibus partibus. *d. L.* 2. *de her. inst.* Quæ eadem & in illa institutione intelligenda sunt, *ille heres esto ex conditionibus, quas adscripsero.* Hic enim similiter vult testator, institutum heredem esse: ex conditione quidem, si conditionem adjecerit. Si non adjecerit non quidem heredem ex conditione: sed nihilominus heredem, ut, omissa conditione, intelligatur pure, & simpliciter institutus heres.

XXVI. Ut autem, cum quid de parte testatori cogitata, nihil scriptum est, ea pars omissa habetur, nec valet: ita contra si quis majori ex parte sit heres institutus, quam testator velit, veluti *ex semisse*, cum dictasset, aut omnino ipse vellet instituere *ex quadrante*, non majori ex parte erit heres institutus, quam testator voluit: ne scriptum adversus voluntatem valeat. Plane ex quadrante erit heres, ut testator voluit, quasi & hic ex ea sit scriptus: quia in majore summa continetur minor. Hoc in *d. L.* 9. *in prin.* versic. *sed si majorem, de hered. institut.*

CAP.

9) Ubi, quod dicitur, dividi inter heredes oportere, intellige partes non divisas; nam in communione manent, usque ad judicium familiæ erciscundæ, sed indivisas *L.* 7. *si pars hered. pet.* Hot. *Illustr. Quæst.* 21.

10) Matth. Gribald. *ad L. Stichum* 6. *de Leg.* 1. ideo aliud esse, si dicat: *ex partibus, quas adscripsi d.* §. 1. quia hic nihil in futurum sibi perficiendum proponit testator. Nec potest videri in contrario casu ad legis dispositionem rediisse: quia oratio, in præsens concepta, statim aut vera, aut falsa est. Nec potest quis in præsenti simul & renuntiare dispositioni legis, & ad eam pœnitentia redire. Vid. not. infra *Lib.* 8. *C.* 31. *N.* 6. Diss. & hic A. Fab. 35. *Err. Prag.* 10. totum vers. *sed magis est d. L.* 2. *pr.* adscribens Triboniano, eumque indigne insectans.

Digitized by Google

CAP. XXII.

Pluribus heredibus institutis, singuli quibus ex partibus instituti intelligantur, sive instituti sint omnes sine partibus: sive omnes partibus adscriptis; sive quidam ex certis partibus, quidam sine parte.

Hæredes aut instituuntur sine partibus; aut partibus adscriptis; aut quidam ex certis partibus, quidam sine parte. I.
Si nullæ partes, omnes ex æquis partibus sunt heredes. II.
Aliis conjunctim institutis, aliis disjunctim, unam tantum partem conjunctos referre. III.
Verbis conjungi heredes vel oratione, vel verbo uno. *Eoque vel* plurali, *vel* collectivo. IV.
Interdum oratione, & verbo conjuncti pro disjunctis habentur. V.
Heredibus ex certis partibus institutis, si minus asse distributum reperiatur residuæ partes singulis pro portionibus hereditariis accrescunt. VI.
Si plus, æque singulis similiter decrescit. Huic sententiæ conciliatur. L. cum quæstio C. de Legat. VII. VIII.
Institutis quibusdam ex certis partibus, altero sine parte: hunc, si quid assi deest, residuum habere; si nihil, semissem; si superatus est as, quod dupondio deest. IX. XI.
Quo loco scribatur heres sine parte utrum primo, an medio, an novissimo, nihil referre. X.
Asse quibusdam dato, deinde vocato altero sine parte, hunc alterum assem, id est semissem habere. XII.
Quare. XIII.
Quid si vocatus ex parte. XIV.

I. SEd in partibus hereditatis de voluntate testatoris duplex est quæstio. Una est, quomodo recte ex voluntate partes relinquantur. Altera, partibus nominatim non adscriptis, aut etiam adscriptis, quæ partes, ex voluntate relictæ intelligantur. De priore sunt ea, quæ modo diximus. Fuitque hæc summa, ut ex voluntate recte videantur relinqui, quæ demonstrantur verbis ita, ut sententia cum demonstratione congruat. Posterior ideo inducitur, quia sæpe obscurum est, quid de partibus senserit testator, non tantum partibus non adscriptis, sed etiam interdum maxime adscriptis, de quo jam dicam. Accidit hæc incertitudo varie, prout est scriptura testamenti de partibus. In quo est hæc varietas natura. Aut enim instituuntur omnes heredes sine partibus: aut omnes partibus adscriptis, aut quidam ex certis partibus; quidam sine parte. Quarum caussarum in singulis, ut est dubitatio quæ occurrit, ita adversus dubitationem hæc voluntatis explicatio est.

II. Cum omnes instituti sunt nullis partibus adscriptis, quæritur, quæ esse partes singulorum debeant, cum testator nullas dixerit. Et placuit, omnes ex æquis, & virilibus portionibus esse institutos. *d. L.* 9. §. *heredes, D. de her. inst.* §. *si plures, inst. eod.* Efficiente nimirum id testatoris voluntate, quæ ex pari, & æqua heredum institutione satis intelligitur: de quo dixi paulo ante Capite superiore.

III. Huc tamen non est perpetuum, quod præcipue huc loco monendum fuit. Id ita temperandum est, nisi quidam conjunctim instituti sint, quidam disjunctim. Hinc enim conjuncti unius personæ potestate funguntur; nihilo plus ut accipiant, quam unus ex disjunctis. Ut puta. *Primus heres esto: Secundus & Tertius heredes sunto.* Duo hic semisses fient, ex quibus unum *Primus*; alterum *Secundus*, & *Tertius*, ut conjuncti, solum habebunt. *L. interdum*, 13. *in pr. L. Julianus*, 15. *L. liber*, 59. §. *Titius*, *D. de her. instit.* Et generaliter illud tenendum est, quoties eadem sive res, sive hereditas testamento relinquitur pluribus, inter quos quidam conjuncti sunt, quidam disjuncti: nec partes a testatore exprimuntur: semper in partium distributione conjunctos unius personæ potestate fungi; ut nihil amplius capiant, quam unus ex disjunctis, tanquam conjunctione in unum corpus redacti. *L. plane, in pr. D. de leg.* 1. *L. unica.* §. *sin vero quidam, C. de cad. tol.*

IV. Conjunguntur heredes verbis partim oratione, partim verbo uno. *Oratione*, cum plures nominatim oratione comprehensi sunt. Ut *Primus*, & *Secundus* here-

heredes sunto. L. triplici, *D. de verb. sig. d. L. liber*, §. *Titius*, *de her. inst. Verbo uno*, cum aliqui appellantur verbo pluribus communi, vel plurali, vel collectivo. *Plurali*, ut *fratris mei filii heredes sunto. Collectivo*, ut *familia Sempronii mihi heres esto.* Et ideo in hac specie, *Titius & fratris mei filii heredes sunto.* Placet, fratris filios non plus accipere, quam Titium, etiam si sint sex; quia verbo communi sunt conjuncti. *d. L. interdum*, *in pr. de her. inst.*

V. Interdum tamen qui oratione, & verbo conjuncti erant, pro disjunctis habeotur, & viriles, atque æquas cum cæteris partes accipiunt. Quod fit, cum aliqui conjunguntur addito verbo æque, aut his verbis; ex æquis partibus. Veluti, *Titius, & fratris mei filii æque heredes sunto.* Hoc sic acceptum est, quasi omnes ex æquo sint vocati. *d. L. interdum*, *in pr. de her. inst.* Item cum ita quis heredes instituit, *Titius heres esto*, *Cajus*, *& Mævius ex æquis partibus heredes sunto*; placet, hic quoque omnes ex æquis partibus institutos, quasi ita scriptum sit, ex partibus æquis enim Titio, & præcedentibus heredibus iostitutis. *L. si ita quis*, 66. *D. de her. inst.*

VI. Si heredes certis ex partibus instituti sint; etsi ex certis omnes: tamen hic duplex incertitudo voluntatis nasci solet; qua fiat, ut incertum sit, quas partes accipere debeamus. Prior incertitudo tunc oritur, cum plures ita sunt instituti ex certis partibus assis, seu ex certis unciis, ut aliquid desit assi, seu duodecim unciis: Veluti, cum tres sunt instituti ex quadrantibus singuli, ubi deest adhuc quadrans, seu tres unciæ ad implendum assem. Quæritur, utrum tota hereditas consistere debeat in his tribus quadrantibus, ne ulla pars vacet, quæ ad scriptos heredes non pertineat: an vero heredes instituti nihil amplius capere debeant, quam partes expressas: ne frustra sint expressæ; id autem quod assi deest, debeat vacare quemadmodum & ex verbis testatoris vacat, ut sic deferatur legitimis heredibus. Et omnino si per jus liceret, voluntatem hoc posteriore modo accipi oportuit, quando institutio ita scripta est. Itaque etiam accipitur in testamento militis, cui licet pro parte testatum decedere, & pro parte intestatum. *L. si duobus*, *L. miles ita heredem*, *D. de test. mil.* Sed non licet ita testari iis, qui non militant. *L. jus nostrum*, *D. de reg. jur.* Ideo, ut voluntas eorum servetur, sic hujusmodi institutiones tam in uno herede ex semisse forte instituto, quam in pluribus institutis acceptæ sunt, ut tota hereditas, seu totus as versetur in parte, aut partibus expressis, nec quidquam vacet: quo sic tota hereditas deferatur instituto, aut institutis, nihil autem legitimis heredibus. §. *non autem*, §. *videamus*, *Instit. de her. inst.* Constitutum, ut dixi, ideo, quod si partem, quæ assi deest non expressa, placet vacare; eveniet, ut testator hactenus decesserit intestatus, pro partibus expressis testatus: quod jus civile non patitur: ut necesse sit, aut ex hac sententia concidere voluntatem testatoris; aut hujus retinendæ caussa, voluntatem, & institutionem sic accipi, ut diximus, quod & veteres statuerunt. Significatur autem hæc ratio in *d.* §. *non autem*, *Inst. de her. inst.* At hic pars tamen aliqua assi deest. Occurrunt huic objectioni veteres, eum dicunt, testatorem distribuere posse hereditatem in [1] tot partes, quot voluerit: item tot uncias assem efficere, quot testator voluerit. *d. L. interdum*, §. 1. *D. de her. inst. d.* §. *autem*, *Inst. eod.* Hoc enim tantundem valet, ac si diceretur, cum testator heredes instituit ex paucioribus partibus, quam duodecim, sane aliquid deesse assi: si quidem vellet testator dividere assem in duodecim uncias, quæ solemnis assis distributio est. Sed si noluit, non plures partes futuras, quam voluerit; quia liceat ei tot facere, quot velit, ut ne sint plures. Jam non plures eum facere voluisse, hinc constare, quod non plures scripserit: ad voluntatis autem conjecturam hoc accedat, quod necesse sit voluntatem sic accipi, si jure salvam velimus, quod & illum voluisse semper in obscura voluntate testatoris interpretari debemus. *L. cogi* 16. *in pr. D. ad. S. C. Treb.*

VII. Altera incertitudo in partibus expressis nascitur, cum testator in divisione partium assem excessit ita, ut secundo assi cæpto aliquid deesset. Puta unum aut plures instituisse ex asse, seu ex duodecim unciis; alterum ex semisse, vel ex dimidia, aut sex unciis. Hic

[1] Faro in §. 7. I. h. t. Si pauciores uncias partes a testatore scriptæ complectantur quam as, quod reliquum est pro modo portium nominatim adscriptarum accedit. Nec aliud voluntati defuncti magis congruit. Qui enim tres ex quadrantibus instituit, putat, tres quartas conficere assem. E diverso si plures uncias complectantur partes adscriptæ, singulis detrahimus, quod supra assem per errorem additum. Qui enim quatuor ex tertiis instituit, putat quatuor tertias in solido. Quod licet falsum sit, tamen quia voluntas aperta, de verbis anxii non sumus.

Hic dubium est, utrum quod posteriori datum est, videatur ademptum prioribus; an vero posterior videatur vocatus in novas uncias, & novas partes, prioribus partibus integris manentibus iis, qui prius instituti erant, quia testator possit tot partes hereditatis facere, quot velit. Utrum dixerimus, apparet, ad partium quantitatem multum interesse. Nam si dimidia ex qua instituitur posterior, intelligitur detrahi prioribus: nihil amplius priores ille habebunt, quam posterior; & cum prius instituti essent ex duodecim unciis, habebunt tantum sex. Contra si dicimus posteriorem in novas uncias vocatum esse, habebit is tantum sex uncias, ex quibus institutus est; priores duodecim, id est duplo plus. Et placuit in hac quoque quæstione, eamdem illam regulam adhiberi: videri videlicet hereditatem, seu assem in tot uncias dividendum, quot testator adscripserit. Consequens esse, ut hic dividatur hereditas in octodecim uncias, ex quibus posterior ferat sex, ex quibus institutus est; priores duodecim, ut verba sunt institutionis. *d. L. interdum*, §. 1. *in fi.* §. *pen. in fi. de her. insti.* Et tamen in hac specie, & superiore ne quid videatur fieri adversus divisionem assis, in quem hereditas usu recepto dividi solet, veteres doceut, utramque illam divisionem testatoris, quam servari volumus, potestate juris in hanc ipsam divisionem [2] assis revolvi. Id autem sic fieri, ut, si qua pars assi deest, hæc heredibus pro portionibus hereditariis accedat. Sin qua excedit, hæc itidem pro hereditaria parte decrescat. Hoc in *d. L. interdum*, §. 1. *de her. inst.* ubi & exemplis appositis declaratur; item in §. *videamus*, *Inst. eod.*

VIII. Sed huic posteriori sententiæ contraria videtur *L. cum quæstio*, *C. de lega.* ubi Justinianus in eadem specie, ut videtur, longe aliter explicat voluntatem testatoris, atque ita constituit, [3] quoties prioribus aliquibus res aliqua una, vel hereditas relinquitur, deinde alteri ejus rei sex unciæ, seu dimidia, toties videri dimidiam prioribus ademptam esse; ut sic fiant duo semisses, ex quibus priores unum ferant, posterior alterum. Quod aperte divisioni superiori adversatur. Sed multum interest, cum alicui primo hereditas relicta est, utrum deinde alteri relinquantur sex unciæ, vel dimidia simpliciter, quæ species est, de qua diximus, & exstat in *d. L. interdum*, §. *pen. in fi. de her. inst.* an vero nominatim sex unciæ vel dimidia ejusdem rei, seu ejusdem hereditatis. Quæ species apud Justinianum proponitur initio superioris constitutionis. Cum sex unciæ aut dimidia simpliciter nominantur, potest intelligi dimidia assis præcedentis, qui priori heredi institutione datus est. Potest etiam intelligi dimidia assis novi, ad quem tastator transierit, ut plures uncias faceret, quam duodecim. Hoc vero intelligi convenientius est potestati, & voluntati testatoris. *Potestati*, qui potuerit tot uncias facere, quot voluit. *Voluntati*, qui, ut poterat, ita & octodecim scripserit. Et ideo hæc quoque significatio accepta est a veteribus; nec vero alia potuit, nisi adversus manifestam sententiam verborum. At qui sex uncias, aut dimidiam dixit: & adjecit ejusdem hereditatis prius alii relictæ: is, hac adjectione, nihil dubii reliquit, quin de novi assis dimidia non sentiret, sed de prioris assis dimidia, quam posteriori totam daret. Cum unaquæque res non possit habere partes dimidias, nisi duas, necesse est, si posteriori una dimidia data sit, hanc de toto detractam, prioribus ademptam videri, atque hac adempta, solam alteram superesse, quæ prioribus relinquatur. Summa hæc erit: partibus in omnium persona expressis, primum in his totam hereditatem versari, ut nihil vacet, quod non sit heredum. Tum autem in distributione partium, omnes habituros eas partes integras, quas cuique testator adscripserit; nihil ut in eo per posteriores prioribus detrahatur: prætertquam si, prioribus ex asse institutis, posteriorem instituat nominatim ex dimidia ejusdem hereditatis.

IX. Restat tertia species, cum quidam instituti sunt ex certis partibus, quidam sine parte. In qua specie dubitatur, quam partem accipere debeat, qui sine parte scriptus est: nullamne, quia interdum nulla superest; an certam aliquam, ut ii, qui ex certa parte scripti sunt; an vero vocari intelligatur in assem, quia simpliciter scriptus est, ut ii solent, qui ex

2) Et ad eam revocari potest: tametsi id non sit necessarium. Exempli gratia Titius ex asse: Mævius ex semisse instituti. Reducitur ita ac si Titius ex dodrante; Mævius ex quadrante scriptus esset. Quia eadem proportio ab octo ad quatuor quæ est a duodecim ad sex. Duar. *h. T. C. 3. f.* 339.

3) Ceu volunt Duar. *d. C. 3. f.* 339. putans *d.* §. 4. correctum esse per *d. L.* 23. & Justiniani sententiam esse probabiliorem ex conjectura voluntatis. & Cujac. *in L.* 13. *h. t.* & 4. *ad Afric. ad L.* 47 §. 1. *h. t.* quia *d. L.* 23. una ex 50. decisionibus, jus vetus emendantibus. Et Ant. Math. in *Not. ad* §. 7. *I de her. Institut.* Quod refellit Vult. *in* §. *heredibus* 5. *I. h. t. n.* 9. ex verbis *d. L.* 23. cum *manifestum est.* Non enim est manifestum quod juri & ICtorum sententiæ repugnat.

ex asse instituuntur. Et veterum in hac re hæc distinctio est, ut, si quibusdam ex parte institutis, aliquid assi vel primo, vel secundo, vel tertio desit; id solum ferat, qui sine parte est institutus. Sin nihil desit, tum ex asse institutus intelligatur. §. *si plures*, §. *etsi plures*, *Instit. de her. inst.* Quod pluribus, & apertius sic explicandum est. Duos quis haredes instituit, singulos ax quadrante; tartium sine parte, id est simpliciter. Priorum singuli quadrantem accipient, ex quo sunt instituti; tartius semissem: id ast raliquum assia. Nam hic, prioribus institutis, assi dearat. *L. item quod.* 17. *in pr. L. qui non militabat*, 78. §. *filiis*, *D. de her. instit.*

X. Quo loco addiderunt veteras, nihil referre, qua loco scribatur heres aine parta, quo magis assis residuum accepisse videbatur, utrum primo, an medio, an novissimo. *L. quo loco*, 20. *L. qui non militabat*, §. *filiis*, *D. eod. d.* §. *si plures*, versic. *si vero Instit. eod.* Primo, ut in exemplo *d. L. qui non*, §. *filiis*, novissimo, ut in exemplo, quo usi sumus. *d. L. item*, *in pr.* Quod a veteribus adjectum videtur dubitationis hujus tollendæ caussa. Nam cum primo, institutis quibusdam ex certis partibus, aliquid assi deest, & tertius deinde instituitur sine parte: nihil fit contra naturam rei, & significationem verborum, si tertius hic dicatur accipere reliquum; quia vara fuit aliquid reliquum ante, quam inatitueretur, ad quod ex institutione vocari posset, & juxta voluntatem testatoris vocari intelligeretur. At ubi institutus quis est primo loco sina parte, aau simpliciter; etsi postea alii instituantur ex certis partibus, quæ assem non expleant, non tamen vidaatur primo loco institutus dici posse, nisi absurde, vocatus esse ad reliquum assis, quod post posteriores superfuturum est, cum tunc reliqui nihil esset, nullis adhuc aliis institutia. Hoc igitur ne putaremus, monemur supariore cautione, quod juria est, cum quis sine parte extremo loco acriptus est, ut reliquum accipiat; idem esse, etsi scriptus sit primo loco. Definitio sumpta ex conjectura voluntatis, quod veteres ita statuerunt, cum testator in quorundam persona partibus assis, seu ad numerum duodecim congruentibus usus est, semper videri eum in eodem asse consistere voluisse: nisi aperte ad alium assem transire voluerit; quod fit, ubi expleto asse, aeu duodecim unciis nominatim datis, alius, aut alii instituuntur. *d. L. qui non militabat*, §. *filiis*, *de her. instit.*

XI. Quod dicimus, fiari in uno assa, cui aliquid deest; idem placuit in dupondio, cui aliquid deerit; ut si forte testator plures heredes instituerit ax cartis partibus pluribus, quam duodecim, ut sic assem excederet, deinde aliquem sine parte scripserit heredem; hic solum habeat, quod deest dupondiu, scilicet quia eadem ratio sit in sacundo assa, quæ in primo. Dupondium autem secundum assem vocamus, & tripondium tertium asaem. Hæc in *L. Sabinus*, 18. *D. de her. inst.* §. *& si plures*, *Instit. eod.* Eadem & in tripondio ratio, si forte, dupondio expleto, aliquis sit heras sine parte institutus. *d.* §. *etsi plures.*

XII. Quod, si asse quibusdam nominatim dato, vel duodacim unciis nominatim distributis, aliquis alius sine parte sit institutus: placet hunc in alterum assem vocatum videri: ut tantum accipiat solus, quantum reliqui ex primo asse instituti. *L. item*, 17. §. *sed si asse*, *d. L. qui non militabat*, 78. §. *filiis*, *de her. inst.* Ut, si hic numerum unciarum s testatore designatarum sequamur. dividatur heraditas in viginti quatuor uncias, ax quibus, qui sine parte institutus est, duodecim accipiat, reliqui duodecim: aut si rem ad assem redigi volumus, uti potestate juris eo revolvitur; duo semisses fient, seu duæ dimidiæ: quarum in altaram vocetur, qui sine parta acriptus est; reliqui in alteram dimidiam. *d. L. interdum*, §. *pan. de har. instit.* §. *si plures*, vers. *si vero*, *Inst. eod.*

XIII. Hanc voluntstis intarpretationem in hac specie aliarum omnium interpretationum amotio nacessario inducit. Necesse est enim, qui sine parte vocatus est, asse expleto, aut in nihilum vocatum essa, aut in certam partem assis, aut in assem integrum. Nullam ad partem vocatum dici, aperte voluntati testatoris rapugnat, qui & hunc non minus instituit, & quidem simpliciter, & infinite. Certam partam si datam dicere non possumus, quia nec ulla verbis expressa est, nec ex verbis colligi potest. Relinquitur igitur, ut in assem intelligatur institutus. Quod & verbis congruit. Est enim institutus simplicitar. Quo modo qui instituuntur soli, intelliguntur ex asse instituti. Hic autem instituitur solus in secundo asse, si modo aliquam partam hujus secundi assis esse volumus, ut omnino necesse est intelligi, si quid huic relinqui placet, ut ante dixi.

XIV.

XIV. Quod [4] tamen dicitur, eum, qui, expleto asse, sine parte institutus est, alterum assem habere: sic accipiendum est, si institutus sit simpliciter nulla mentione partis facta. Nam si jussus sit esse heres ex certa parte, quæ vere nulla sit, placet in totum heredem non futurum: quamvis dici possit hunc vere sine parte heredem institutum, qui institutus est ex ea, quæ nulla est. Id probatum est in eo, de quo testator, asse impleto, ita scripsit, *ex reliqua parte heres esto*: hac ratione, quod cum nihil reliquum sit, ex nulla parte institutus est. Sic Ulpianus in *d. L. item*, 17. §. *sed si asse*, *de her. inst.* ubi ex nulla parte non significat sine parte; sed ex parte quidem; verum ex parte, quæ nulla est. Inter quæ multum interest. Nam qui instituitur simpliciter sine ulla partis mentione, vocatur ad eam rem, quæ subest: nempe ad hereditatem, ut institutio indicat. Hæc autem non minus subest in hujus persona, quam reliquorum: ut postea quærendum sit, quota ex parte vocetur. Quod exquiritur ratione. Enimvero, qui instituitur ex reliqua parte, apparet, hunc vocari ad certam partem, extra quam testator nolit eum quidquam habere. Quo efficitur, ut si hæc pars nulla est, vere dicatur, eum nulla ex parte esse institutum.

CAP.

(4) Plura de divisione hereditatis a testatore facta, ejusque interpretatione petere licet ex Vigl. *in* §. *hereditas* 5. & *seq. I. h. t.* Vult. *in d.* § 5. *n.* 4. & *seqq.* Duar. *h. t. C.* 3. Hotom. 8. Obs. 9. A. Fab. 5. *Conject.* 20. Simon de Praetis *Lib.* 3. *de Interpretat. ult. volunt. Interpretat.* 1. *Dubitat.* 5. *Solut.* 1. At objici potest, hereditas divdua non est *L.* 8. *in fin. D. de R. V.* Vult. *in d.* §. 5. *n.* 2. Respondeo. Hereditatem quando dividi dicitur, non pro jure, sed pro rebus in quibus jus illud est, accipiendam metonymice. Quod non convenit. Neque enim duobus exempli gratia ex semisse institutis, res ipsæ hereditariæ inter eos divisæ, sed communes manent, donec familiæ erciscundæ judicio dividantur. Hot. *Ill. Q.* 21. dividuam esse hereditatem si, ut totum integrale, individuam si, ut totum universale consideres.

CAP. XXIII.

De substitutionibus.

Substituere, & substitutio quid. Gradus heredum qui, & cur ita dicti. Substitutus dictus secundus heres, quamvis tertio, aut quarto loco heres institutus, & cur. Genera substitutionum, Directam, & Fideicommissariam. Directæ genera duo. Vulgarem, & non vulgarem. Hujus species duas, pupillarem, seu impuberum, & quæ tandem a Justiniano recepta est, Mente capti. Singula quæ sint, & unde dicta. Plura genera jure communi non esse. Re supervacua, verbis inepta esse illa duo vulgo tradita. Compendiosam, & Breviloquam.

Rerum nexus, & partitio. I.
Substituere quid sit. Substitutionem tria faciunt. II.
1. *Institutio heredis.* III.
2. *Institutio, qua quis secundo loco post primum instituatur.* IV.
3. *Institutio sub conditione si primus heres remotus fuerit.* VI.
Eum removeri quatuor modis. VII.
Cur omnem substitutum veteres secundum institutum vocent. V.
Genera substitutionum, directam, & fideicommissariam. VIII.
Directa quæ sit. IX.
Quæ nam fideicommissaria. X.
An tot sint genera substitutionum veteribus cognita: & an fideicommissaria voluntas substitutio dicenda sit. XI.
Eam summo jure substitutionem non esse; ab re, & effectu esse. XII.
Usitate tamen juris auctoribus substitutionem non dici. XIII.
Directæ genera duo: vel enim substitui sub hac conditione si primus hæres non erit, *vel sub alia* si heres erit, ac deinde desinet. *Has conditiones juris Auctores vocare casus.* XIV.
Eos non esse plures duo. XV.
Cur veteres conditionem si primus heres non erit vocent primum casum, *conditionem si heres erit, ac deinde desinet* secundum casum. XVI.
Cuivis substituere licere in primum casum; nec tantum unum in unius locum, sed & plures in locum unius, vel unum in plurium, vel ipsos invicem inter se. XVII.
Cur hæc substitutio dicta vulgaris. XVIII.
Substitutionem in secundum casum *nemini olim fuisse permissam: postea non jure civili, sed moribus solis parentibus, & quatenus. Eam dictam impuberis, & frequentius pupillarem.* XIX.
Ad hujus exemplum inductam substitutionem mente capti. Eam inepte exemplarem vocari. XX.
Directa substitutio jure communi duplex, vulgaris, & non vulgaris: hæcque vel pupillaris, vel mente capti. XXI.
Inepte Interpretes adjicere substitutionem compendiosam, & breviloquam. XXII.
Quam vocent compendiosam. XXIII.
Quam breviloquam. XXIV.

I. CUm justum testamentum est, diximus, hujusmodi testamento hereditatem deferri heredi instituto, & deferri hac ipsa institutione; si is qui instituere cogitat, potest: & ut potest, ita instituit. Ac qui ita institutus est, uti est institutus, & quibus ex partibus; ita eum & ex his partibus heredem futurum. Si quibusdam heredibus institutis, ad alios pervenire hereditatem testamento suo non vult testator; satis dictum est, quo intelligatur, quomodo, & quibus testamento deferatur hereditas: de quo institutum est quærere. Sed fieri potest, ut qui primi instituti sunt, [a] deficiant, velit autem testator in eorum locum alios substitutos,

a) Unde dicitur substitutio comparata in subsidium *Leg.* 36. *pr. hoc tit.* Causa autem introducendæ ejus triplex. Ut impediatur. 1. Successio intestati. 2. Caducum. 3 Jus accrescendi: Hot. *in* §. 1. *I. h.* t. vid. & Mercer. 2. *Opin.* 23. Objicit A. Guibert. *Li* 1. *QQ. C.* 7. quod substitutiones reprobatæ videantur. Quia in alienam voluntatem conferuntur. In arbitrio namque instituti an velit cedere, an removere substitutum; & sic secundo heredi præbetur ansa captandæ mortis. Nec desunt exempla. Sueton. *in Galba*, refert, tutorem, qui pupillum, cui substitutus, interemit,

tos, ue testamentum, aut hæc ipsa pars herede testamentario destituatur. Fieri etiam potest, ut cum ii, qui instituti sunt, heredes exstiterint, velit nihilominus & in eorum locum alios substitutos postea; idest iis post tempus remotis, hereditatem transire ad alios. Quod an facere possit, quæritur. Hæc post delatam primis heredibus hereditatem, occasio est, atque hoc initium quærendi de substitutionibus. Quo in genere hæc sunt, quæ querantur ad defendam ex hac parte hereditatem pertinentia. In re, quid sit substituere, quid [2] substitutio: Io jure possitne testator quibusdam heredibus institutis, alios in eorum locum sobstituere; & quatenus. Si potest; quæ cujusque substitutionis receptæ vis sit, quis exitus ad deferendam inde substituto hereditatem. De quibus ordine cognoscendum est.

II. Substituere heredem est, in prioris heredis instituti remoti locum alium heredem statuere. Vel plenius, est [3] instituere heredem, qui, priore instituto remoto, ejus locum subeat, voceturque ad hereditatem. Quod ita esse, quamque vim habeat, sic facile intelligi poterit, si definitio nobis explicata erit ex suis partibus. Quod breviter faciam. Quod ergo hæc definitio indicat, tria sunt, quæ substitutionem, & substitutum faciunt; institutio heredis; institutio, qua instituatur hic heres secundo post primum loco, tum hæc ipsa institutio sub conditione, si primus heres remotus fuerit: quæ hac definitione comprehensa licet observare.

III. Jam primum hoc recte dicitur, substituere esse statuere, seu instituere heredem. Nam & omnis substitutio institutio est. Unde [4] substitutio dicta secundi heredis iostitutio. *L. ex facto*, §. *Lucius*, *D. de vulg.* Et qui institutus erat sub conditione, *si Titium heredem instituisset*, dicitur, paruisse conditioni, si vel secundo, aut etiam alio quo inferiore gradu Titium instituerit, id est substituerit. *L. mulier*, §. *ult. D. de cond. inst.* Merito. Constat enim, semper in composito simplex inesse. Ut igitur in subscriptione inest scriptio: sic in substitutione, verbo composito, institotio; & si liceret ita dicere, *statutio*. Ut institutio genus sit ad omnes pertinens, non solum qui primo gradu, sed & qui secundo statuuntur heredes: hujus generis species substitutio, de iis, qui secundo loco, seu in priorum locum subrogantur. Distinguuntur tamen instituti, & substituti in *L.* 1. *D. de vulg.* & id quidem non ut species a genere: sed ut species contrariæ, instituti ut dicantur *primo gradu*; substituti *secundo*, vel *tertio*. Sed fit hoc more juris auctorum ositato, quo sæpe idem verbum & generis nomen est, & ad speciem unam ei generi subjectam alteri contrariam contrahitur. Quod cernere licet in verbo *adoptionis*, *actionis*, *cognationis* & similibus. *L.* 1. *D. de ad. L. pecuniæ*, §. *actionis*, *D. de ver. sig. L. jurisconsultus*, §. 1. *de grad. & affi.*

IV. Jam substitutio, ut institutionis species est, ita non est quævis institutio. Adde igitur secundum illud proprium hujus speciei, ut sit institutio ea, qua quis secundo loco, post primum heres instituitur. Quod & substituendi verbum satis indicat, cujus vis hæc est, ut intelligatur is, qui sub alio heres statuitur. Itaque in omni substitutione heredis, quæ fiat testamento, semper duo sunt heredes: unus primo loco institutus, alter secundo:

erit, eroni affixum, &c. Respondet *idem d. C.* 7. *n.* 9. & *seqq.* Conferri hic institutionem in arbitrium alterius tacite non aperte. Et totum jus substitutionis pendet ex voluntate testantis, illiusque judicio potissimum nititur. Deinde cum omnes probi credantur, non admittitur fraudis suspicio. Nec ob solam captandæ mortis occasionem, actus civiles reprobantur, quod scite probat Guthen. *d. C.* 7. *n. ut.* & *seqq.* Scribit Vresenb. *in Par. h. t. n.* 9. rerum esse Germanis substitutionum usum. Matthæus amplius *l. b.* 1. *de Via juris C.* 34. *n.* 25. Germanos raro testamenta; nullam vero unquam facere secundam institutionem. Contra attestatur & demonstrat Jo. Daut. *in Prolog. Tr. de Testam.* & *in Procem. Comm. de vulg.* & *pub. subst.* ac omnes interpretes utilitatem hujus materiæ afferre scribit, Emm. Soarez. *in Annotat. ad Gomez.* 1. *var. Resol.* 3. *lit. A.*

2) Definitur Duar. *h. T. C.* 1. *Institutio heredis in secundo vel ulteriore gradu facta.* Cujac. 2. *ad Afric. in L.* 33. §. 1. *h.* 1. & *in Parat.* h. *datio hereditatis alteri delata* (ut vulgaris) vel *acquisita* (ut pupillaris) sed incongruum est, divisionem commiscere definitioni. Charond. 2. *Verism.* 3. *Heredis post priorem institutum collocatio.* Philipp. Massn. *ad Rubr. C. h. t. n.* 98. *Secunda sibi vel prima alteri facta institutio.* Cujus idem vitium, quod Cujaciana. Et ipsa etiam quæ in secundum casum fit, est secunda institutio. Accur. *in Rub. C. h. t.* definit, *Secundam institutionem*: quam definit, examinat, expendit, & tuetur Alex. Trentacinq. *de Substitut. in Præfat. n.* 2. & *seqq.* Sed Massn. *d. n.* 98. eam convenire soli vulgari, quod non puto.

3) Quod sit vera institutio, Duar. *h.* 1. *C.* 1. Goveau. *ad Rubr. D. h. t. n.* 1. & *seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 10. *n.* 3. & 4. Trentacinq. *de Substitut. in Præfat. n.* 13. & *seqq.* & pluribus argumentis probat. Massn. *ad Rubr. C. h. t. n.* 28. & *seq.* Et quod substitutus vere, & proprie sit heres, probat Nic. Bellon. 4. *Supput.* 16. *n.* 4. & 5. ac Tiraq. *Tr. le Mort saisit le vif, P.* 2. *Decl.* 9. *n.* 16. & *seq.*

4) Substitutio dicitur, quia fit sub institutione. Massn. *in Rub. C. h. n.* 14. vel quia substitutus subjungitur, & subtus, hoc est in ima cera scribitur. Vigl. *in Rub. I. de vulg. n.* 4. Char. 2. *Veris.* 13. Verbum autem ὑποκατάστασις, ejusque appellatio late patet. Nam enim omnes, qui in alterius locum subrogantur, substitui dicuntur. Sic judex *L. pe. Jud. sol.* tutor. *L.* 39. §. 11. *de adm. tut.* permuta *L.* 22. *de Leg.* 1. arbores *L.* 45. §. *pen. de J. fisci.* & Duaren. *h. t. C.* 1. Charond. *d. C.* 13. Vacon. 4. *Decl.* 60. *n.* 7. P. Greg. 42. *Synt.* 10. *n.* 2. Trentacinq. *de Substit. in Præfat. n.* 5. Massn. *in Rub. C. hoc tit. n.* 4.

Digitized by Google

do : & is est substitutus. Atque ex hoc ordine successionis, qui servatur inter institutum, & substitutum heredem, natæ sunt hæ appellationes veterum in *substitutionibus, & substitutis* exprimendis: totidem argumenta, quæ vice mutua istum ordinem confirment. Dicuntur enim instituti primo gradu, substituti secundo. *L.* 1. *D. de vulg.* Ex quo heredum gradus hic nominati, & dictum, posse testatorem plures gradus heredum in suo testamento facere; dum hoc significatur, posse eum, quibusdam institutis, alios substituere secundo, tertio, & quarto gradu, prout velit. *L. potest, & L. sequ. D. de vulga.* Unde rursum veteribus dictus [5] *primus heres*, qui institutus est; *secundus heres*, qui est substitutus. *L. precibus, C. de imp. & al. sub. L. si postumus, in prin.* ver. *nam & cum D. de lib. & post.* Ex quo & secundi heredis institutio de substitutione. *L. ex facto, §. Lucius, D. de vulg.* Omnia hæc, inquam, ex eo ordine successionis, qui spectatur in substitutionibus; ut sit, qui primo gradu vocetur ad hereditatem: tum deinde, qui in hujus locum vocetur, nempe secundo gradu. Ubi [6] gradus dicuntur, successionis loca, quibus alii vocantur primo loco, alii secundo, alii tertio, & ita deinceps. *L.* 2. §. *defertur, D. de bono poss. secun. tab.* Loca, inquam, non ordine scripturæ, sed successionis: cum quidam ita scribuntur secundo loco, ut jubeantur & secundo loco succedere, prioribus remotis. Nam qui ita instituti sunt, ut alii post alios non succedant, omnes sunt instituti, quantumvis remotis locis testamenti scripti sint, alii primo, alii secundo, alii tertio. *L. si quis heredes*, 14. *& L. sequ. D. de hered. instit.* Contra, qui ita scriptus est, ut vocetur tantum secundo loco post primum, is est substitutus, quamvis maxime primo loco scriptus heres. Utputa, testator ita scripsit: *Titius heres esto, si secundus heres non erit: Secundus heres esto.* Placet, secundum quamvis posterius scriptum, primo gradu institutum esse; Titium quamvis scriptum primo loco, substitutum. *L. si ita quis*, 28. *D. de her. inst.* Aptissime autem hæc loca, atque hic ordo successionis a veteribus dicuntur gradus: quoniam ut in gradibus semper primus occurrit, in quo pedem ponamus: nec potest ad secundum perveniri, nisi per primum, nec ad tertium, nisi per primum, & secundum: sic & in successione heredum institutorum, ac substitutorum hic est ordo, & progressus: ut primo incipiendum sit ab institutis, & videndum, num in his ex voluntate testatoris consistat hereditas: quod si non consistat, tum ab his remotis, velut gradu facto, perveniatur ad substitutum suo quemque ordine. *L. quandiu institutus, D. de acq. her.*

V. Non item illud liquet, cur omnem substitutum veteres [7] secundum heredem vocent, cum possit quis substitui, non tantum ut instituatur secundo gradu, sed & tertio, & quarto, & in infinitum. *L.* 1. *L. potest, D. de vulg.* Nam, si secundo gradu institutus, est secundus heres; erit & qui tertio gradu institutus est, tertius heres, & qui quarto, quartus. Sed & hoc illi recte. Aliud enim in hac re ordo scripturæ admittit; aliud postulat vera ratio successionis, cujus in hac appellatione habita est potissimum ratio a veteribus. Ordine scripturæ, is, qui primo substituto substitutus est, dici potest tertius heres, quia tertio loco scriptus est. Habita autem ratione ejus, in cujus locum

5) Gradus est transitus a persona in personam: verum non ex numero personarum, sed successionis serie, & delatæ hereditatis ordine numeratur, Hot. *ad* §. 1. *I. h. t.*

6) Hot. *in d.* §. 1. olim necesse, primos heredes primo loco, scribi. Hinc institutos dictos in prima, substitutos in ima cera §. 3. *I. de pupill.* Horat. 2. *Sat.* 5.

. . . . *Quid prima secundo*
Cera velit versu.

Idem Hotom. 4. *Obs.* 1. Olim in prima cera primo versu scribebatur testatoris nomen *Leg.* 88. §. *ult. de Leg.* 2. in secundo versu heredis Hot. *d. loc.* In secunda vero cera secundi heredis inde sic dicti. Olim enim nec legare, nec substituere ante institutionem licebat. Et secundus heres tam ex loco, tum ex ordine scripturæ censebatur, qui hodie ex ordine succedendi tantum æstimatur *L.* 2. §. 5. *h. t.* vid. & Conn. 10. *Com.* 7. n. 1. Briss. 3. *Antiq.* 12. & quæ ex eo, non laudato, notat Goth. *ad L.* 21. *D. Test. quemadm. aper.*

7) Zas. *ad Rub. D. h. t. n.* 4. Secundum hic sequens. Absolvitur, ait, hoc verbum a numero ordinali. Sic & nuptiæ dicuntur omnes post primas. Duar. *h. t. C.* 1. Dauth. *de substit.* n. 8. & duo rei stipulandi, tametsi plures sint, Coras. *ad. Rub. C. h. t.* n. 2. & 3. Sed hoc non admittit. Gor. *ad L.* 1. *pr. h. t. n.* 6. & Tryntacinq. *de Substit. in Præfat.* n. 10. quia certe tertium in ordine non est secundum. Et quod *Ti. C. de secund. nupt.* pertinet etiam ad alteriores: non inde est, quod tertiæ sint secundæ. Nam imo LL. tertias appellant suo nomine *L.* 4. ibi: *ad tertia vota & L. hac edictali* 6. *pr. Cod. de sec. nupt.* sed quia quod de secundis statutum extenditur ad ulteriores. (quemodo & Vacon. 4. *Declar.* 68. *n.* 5.) Sic gradus tertius, & quartus in cognatione distinguuntur a secundo. Ipse n. 11. vult sic dici, quia vocatur post exclusionem primi instituti. Objicitur. Si pupillo substituitur, non est secunda institutio: sed prima. Respondeo. Si unum spectatur testamentum, comparata patris institutioni est secunda. Quemadmodum & in linea transversa, secundus gradus dicitur habita ratione ad lineam adscendentium, quia in collaterali non est primus gradus. Et licet etiam fieri possit exheredata, dicitur secunda, ratione institutionis, quam pater de sua hereditate facit. Et cum miles instituit sine testamento, dicitur secunda respectu tacitæ institutionis ejusdem filii, qui vocatur a lege, ad quam se miles conformare voluit, tametsi, Dauth. *ad Rub. de subst.* n. 15. velit, substitutionem exheredato factam, improprie sic vocari, quod non placet.

Digitized by Google

locum substituitur, non potest dici nisi heres secundus. Substituitur enim in locum primi heredis non tertius heres, sed secundus: sic deinde in locum secundi tertius. Atqui secundus iste, qui fuit primus substitutus, instituto primo herede repudiante, aut aliter remoto, ita incipit vocari ad hereditatem, ut qui prins erat secundus heres, nunc incipiat esse primus. Quo fit, ut, qui hunc sequitur, ad eum relatus non possit dici nisi heres secundus. Quis est enim secundus, nisi qui primum proxime sequitur? Neque vero hunc tertium eum primo recte conferemus, ut sic ex hujus collatione dicatur heres tertius. Substitutus enim conferri debet cum eo, in cujus locum substituitur, ex cujus personæ relatione etiam substituti nomen accipit. Jam autem dixi, tertium hunc non substitui in locum primi heredis, qui fuit institutus; sed in locum substituti primi. Atque is, ut dixi, primo remoto, incipit esse primus.

VI. Sed ne sic quidem adhuc intelligitur, quæ sit ista secundi heredis, seu secundi loci, & gradus institutio, quæ substitutio dicitur, nisi tertium illud adiicitur, quo declaretur, quomodo id ipsum, ut sit talis, consequatur. Hoc autem illud est, quod diximus, substitutionem omnem esse institutionem conditionalem: neque hanc tamen, quæ fiat sub omni conditione, sed eam, qua instituatur heres sub conditione, *si primus heres remotus fuerit*: ut sic hoc remoto, fiat locus ei, qui in remoti locum substituitur.

VII. Removetur prior heres aut cum deficit, nec adit hereditatem; in quem casum est substitutio vulgaris, ut postea de hoc genere, & aliis suo ordine dicetur: aut cum primus exsistit heres, sed moritur; in quem casum est substitutio pupillaris: aut cum exsistit heres, & placet testatori eum post certum tempus heredem non esse; in quem casum licet militi substituere heredem: aut cum, primo herede exsistente, & manente, rogat testator, ut institutus hereditatem alii restituat; in quem casum est substitutio fideicommissaria. Atque ut tot modis removetur heres institutus; ita apparet, tot modis neque pluribus, in locum primi heredis alium substitui natura posse. In quibus omnibus valet definitio, & substitutio est.

VIII. Ita quid sit substituere heredem intellectum puto. Jam de jure substitutionis videamus. Et quoniam ponimus, substituere esse in prioris heredis locum alium substituere, removeri autem priorem iis casibus, quos modo dixi: constat quidem, si natura consulitur, hos esse vere casus, quibus surrogetur aliquis in alterius prioris instituti locum, & esse hos solos casus. Sed de jure quæritur, liceatne tot modis substituere alium heredem, ut huic deferatur hereditas. Et sive de hoc tantum dubitatur, sive etiam de priore: quibus scilicet modis unus in alterius prius instituti locum substituatur: cujusmodi sit, utrumque generibus substitutionum receptis, expositis intelligetur: quæ jam subjiciam, omninoque ad eam cognitionem horum generum enumeratio referri debet. Substitutio omnis, qualem definimus, duplex est; *directa & fideicommissaria*, quæ & *& precaria* dicitur.

IX. *Directa* substitutio est, qua testator, prioribus institutis remotis, ita substituit alium heredem, ut velit hunc hereditatem recta ex testamento, & a se capere, non ab heredibus prius institutis, Veluti, *si ille heres non erit, Titius heres esto. Si filius meus impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, Mævius heres esto.* Sic generaliter directo relinqui testamento quid dicitur, cum ita relinquitur, ut non ab alio præstari testator velit, sed recta a se capi. §. *ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.*

X. *Fideicommissaria* hereditatis substitutio, quæ quidem testamento fiat, est, cum testator herede a se instituto, rogat heredem, ut hereditatem alteri restituat, vel nunc, vel post mortem suam. Quo modo recte rogari heredem de dimittenda, & transferenda in alium hereditate, jus certum est. §. *ult. Instit. de pup. subst.* §. *in primis, Inst. de fid. her.* Ubi licet animadvertere, fideicommissarium non sic substitui in locum heredis instituti, ut hereditatem recta accipiat a testatore, sed ut ab herede. Quod cum fit, fideicommissum est, quod voluntati directæ oponitur. *d.* §. *ult. Instit. de singul. reb.*

XI. Sed an tot sint genera substitutionum juris auctoribus cognita in hereditate deferenda, & an fideicommissaria volontas substitutio dicenda sit, dubitari solet. Mihi dubium non est, quin tot genera veteres agnoverint, quæ & certis locis statuantur. De directis nulla dubitatio: quæ aperte nominantur in *L. post aditam, C. de imp. & al. subst. & in L. centurio, D. de vulg. & pupill. subst.* Sed nec de fideicommissaria dubitandum. Nam cum in *d. L. post aditam, C. de imp. & al. subst.* dicitur post aditam hereditatem directas substitutiones non ioi-

puberibus factas expirare; apparet ideo additum, *directas*, quia quædam sint non directæ, quæ etiam non impuberibus factæ, non exspirent. Nam si substitutiones omnes sunt directæ; sufficiebat dicere substitutiones expirare. Eamdem significationem habet, quod in *d. L. centurio*, *D. de vulg.* proponit Papinianus, centurionem filio, si intra certum tempus decessisset, directo substituisse. Inepte addidit directo, nisi substituitur etiam interdum non directo. Sunt igitur ex utroque loco quædam substitutiones non directæ. Hæ autem, quæ directis opponantur, non aliæ intelliguntur in usu juris, quam fideicommissariæ. *d.* §. *ult. Inst. de sing. reb.* Sed argumentatione ad hanc sententiam colligendam hic admodum opus non est: cum Papinianus idem optimus juris, & loquendi auctor tribus locis fideicommissum de hereditate restituenda diserte substitutionem vocet. *L. coheredi*, 41. §. *cum filiæ*, *D. de vulg. L. heredes mei*, 57. §. *pen.* §. *ultim. D. ad Trebell.* Et Paulus in *L. paterfamilias*, 46. *Digest. de vulg.* Verbo communi proponit, Cajum Sejum fratrem testatoris substitutum filio impuberis, deinde Titium Cajo Sejo: cum subjiciat, huic Titio nihil aliud, quam fideicommissum hereditatis a Cajo Sejo relictum.

XII. Sane proprie, & cum jus vetus summum spectamus, delatio hereditatis fideicommissaria non est substitutio. Is enim substitutus intelligitur in hoc argumento, qui est substitutus heres. *L.* 1. *D. de vulg.* Fideicommissarius autem, cui ex caussa fideicommissi restituitur hereditas, summo jure non est heres: argumento est, quod is, qui restituit, etiam, restituta hereditate, dicitur heres manere. §. *restituta*, *Inst. de fid. her.* Si is etiam tum heres, utique heres non est, cui restituta est hereditas. Uni enim duo in solidum heredes esse non possunt. *L. quod contra*, §. 1. *D. de reg. jur.* Sed hoc, inquam, ita est, cum jus summum, id est juris veteris verba, non rem spectamus. Cæterum re ipsa, & effectu post senatusconsultum Trebellianum longe aliter utrumque se habet. Nam & qui jussus est restituere hereditatem, ea restituta, effectu desinit heres esse: & cui restituitur, effectu incipit heres fieri; quoniam placet in eum, cui ex fideicommisso restituta sit hereditas, commoda, & incommoda hereditaria ita transferri, ut actiones omnes ei, & in eum dentur, quæ jure civili heredi, & in heredem competerent. *L.* 1. *D. ad Trebel. d.* §. *restituta*, §. *sed quia*, *Instit. de fid. her.* Quo sensu non verebimur fideicommissarium, cui restituta est hereditas, heredem non jam verbo, sed re appellare; & ob id cum priori heredi subrogatur in hereditate,[8] substitutum dicere: ut & veteribus hanc substitutionem inde esse appellatam animadvertimus.

XIII. Fatendum tamen, usitate juris auctoribus fideicommissariam hereditatis delationem substitutionem non dici: sed tantum hoc verbo contineri heredum proprie, ita dictorum substitutiones, quæ & eædem sunt directæ, ut indicat divisio tradita in *L.* 1. *D. de vulg.* dum scilicet veteres proprietatem juris antiqui in hoc verbo retinere volunt. Unde videmus, eos hoc ipsum secutos, in hoc argumento substitutionum de directis, ut vulgari, & pupillari: solum egisse, fideicommissaria hereditatis restitutione procul hinc semota, & dilata in Tit. ad *S. C. Treb.* D. & C. in Inst. autem in Tit. de *fideicommissariis hereditatibus*. Et nos de ea separatim dicemus suo ordine, ut & nos proposuimus separatim dicturos de hereditate testamento delata: de ea primum, quæ directo defertur, tum deinde de ea, quæ per fideicommissum. Nunc, ut est institutum, de directis substitutionibus tantum agemus.

XIV. Earum[9] duo sunt genera, nata ex

8) Quas & agnoscunt Vac. 4. *Decl.* 61. Trentacinq. *de Substit. in Præf.* n. 80. *&* *seq.* Vult. 1. *Jurisp.* 73. *n.* 4. P. Greg. 42. *Synt* 11. *n.* 2. qui tamen eo *Li. C.* 18. *n.* 2. scribit abusive substitutionem Fideicommissariam vocari: & Matthaeus. *Lib.* 1. *Epit. legat. C.* 5. *n.* 25. materialiter esse substitutionem formaliter non item, qui videlicet *Lib.* 2. *de Var Juris C.* 14 *n.* 5. Massin. *ad Rub. C. h n.* 156. *&* *seqq.* sic dividit: Aut multiplex est, & vel compendiosa vel reciproca; aut simplex, & vel militaris, vel pagana; Atque hæc vel in primum casum Vulgaris, vel in secundum, quæ duplex, aut ob ætatis defectum Pupillaris, aut ob mentis, quasi pupillaris.

9) Vig. *in Rub. I. de Vulg.* n. 5. Duar. *h. T. C.* 1. *&* 2. Matthaeus & Trentacinq. *dd. locis.* Vasq. *Lib.* 1. *de Success. progressu* §. 11. *n.* 10. Dauth. *de Substit.* n. 16. *&* *seqq.* Quod & confirmat Vacon. *d. Decl.* 61. *n.* 6. ex *L. generaliter* 6. vers. *cum autem C. de inst. & subst.* ubi pluries appellatur substitutio, & necessario intelligenda fideicommissaria per verba *substitutione prægravatus.* Nulla enim ex directis gravat, vel onus est heredi instituto. Et fortasse quod in *L.* 19. *pr. de test. mil.* vocatur precaria institutio. Contra Zas. *ad Rub. D. h. t. n.* 8. quia fideicommissaria non habet gradum, & per eam non fit heres, sed loco heredis & Bell. 3. *Supputat.* 19. *per* § *ult. I. de pupill.* ibi, non potest substituere, sed potest per fideicommissum obligare, & per *Rub. I.* de fideicommissariis hereditatibus, non autem substitutionibus conceptam. Et Govean. *ad Rubr. D. h. t.* n 4. *&* 5. Vult. *pr. I. de vulg. n.* 2. & A. Fab. 1. *Juris Pr.* 12. *Pr.* 7. *Ill.* 3a: *per L.* 39. §. 3. *de adm. tut.* ubi institutus fidaicommisso gravatus, dicitur, non habuisse substitutum. Late hac de re disputat Massin. *ad Rub. C. h. t.* n. 99. *&* *seqq.* & negativæ sententiæ accedit: in statuto tamen venire appellatione substitutionis asserit, *n.* 130. *&* *seq.* quod negat Bellon. *d. loc.* vid. & Arun[illegible] ex. Justin. 8. *Thes.* 9. Quibus accedo; quia & noster fatetur, non proprie esse substitutionem. Quare nec erit vera species: cum genus cuilibet speciei proprie insit. Confer. Chiflet. *Lib.* 2. *de Jure fideicomm. Cap.* 3.

ex conditione ea, sub qua in locum prioris remoti alius substituitur. Nam & hæc conditio genere tantum est duplex. Aut igitur substituitur quis primo heredi sub hac conditione, *si primus heres non erit*: aut sub conditione contraria, *si primus heres erit*, *ac deinde desinet*: Tot genera, inquam, substitutionum numerantur, distinguunturque his ipsis conditionibus in *L. 1. D. de vulg.* Unde in his appellandis, distinguendisque hic est usus juris, ut dicatur omnis substitutio fieri in aliquem casum ex his duobus: ac qui heres priore illa conditione substituitur, *si primus heres non erit*, dicatur substitui in primum casum; qui *posteriore*, dicatur substitui in secundum, seu in sequentem casum: quo intelligamus, substitutionum tot esse casus, neque plures, atque in his eum esse ordinem, ac progressum, quem hæ appellationes ostendunt. *L. precibus*, *C. de imp. L. 4. L. Lucius*, *D.* de vulg. *Casus* vocant veteres in hoc genere superiores conditiones, sub quibus quis substituitur. Et recte: nihil enim aliud est conditio, quam *casus*, in quem res aliqua differtur. *§. sub. conditione*, *Inst. de verbor. oblig.*

XV. Nominantur ita hi casus duo, ut non sint [10] plures. Argumento hæc sunt. Dicitur omnino substitutio aut *simplex* esse, aut *duplex*; & *simplex*, quæ unum tantum ex his casibus continet: *duplex*, quæ utrumque in *d. L. 1. D. de vulg.* Dicitur item substitutio fieri in primum, & secundum casum, ubi placat omnem substitutionem comprehendi: nec tertius casus usquam hic adjicitur. *d. L. precibus*, *C. de imp. d. L. Lucius*, *D. de vulg.* Dicitur præterea hic unus esse, & item aliter casus, quæ verba non solent usurpari nisi de duobus. *d. L. 4. D. de vulg.* Cur ergo hi tantum duo casus? Quia natura ita cogit, quæ docet, hos tantum in substitutione casus duos esse posse, Non enim potest quis substitui in primi heredis remoti locum, nisi cum aut ille heres non exstitit, aut ita exstitit, ut postea removeretur. Natura nihil est tertium.

XVI. Ordo vero veterum in his casibus numerandis in primis est observandus: atque hinc quoque natæ appellationes; quod, ut dixi, hic casus, si primus heres non erit, dicitur *primus casus*, & idem primus casus non exsistentium heredum: alter autem ille casus, si primus heres erit, ac deinde desinet, dicitur *secundus*, seu sequens *casus* substitutionis. *d. L. Lucius*, *d. L. precibus.* Quod & ipsum explicationem desiderat. Cur enim unus potius, quam alter notatur his nominibus: cum tam fieri possit, ut in primum casum substitutus statim exsistat heres, quam ut non exsistat? Et natæ sunt hæ appellationes vel ex eo, quod ille casus, *si primus heres non erit*, primo receptus est in substitutionibus jure civili: ille autem alter, *si primus heres erit*, *ac postea desinet*, multo post receptus est partim moribus, partim constitutionibus Imperatorum, ut non abs re dici possit tempore *secundus*: de quo jure paulo post. Vel ex eo, quod fortasse est verius, quod cum conjunguntur hi casus, fitque substitutio duplex, ut accidit, cum pater substituit impuberi in utrumque casum, quale exemplum proponitur in *L. 1. D. de vulg. Inst. de pup. in princip.* omnino hic casus, *si institutus heres non erit*, vere primus est in successione ex hac substitutione deferenda, utpote a quo primum in hac successione incipiendum est: &, quo exsistente, statim inde hereditas defertur: nec unquam deinceps transitus fit ad sequentem. Ille autem, *si institutus heres erit*, *& postea decesserit*, vere secundus: qui ejusmodi est, ut in successione hinc deferenda ad eum perveniri [11] non possit, nisi tunc, cum prior ille defecerit: ut sit secundus, qui non nisi priore deficiente succedat, illo manente, locum non habeat.

XVII. Licet ergo natura, & voluntate testatoris tot modis substituere aliquem directo in locum primi heredis. Sed quod natura hic fieri potest, non item licet jure. Non omnis substitutio in hos casus pariter jure recepta est. De quo sic habendum est. Quod ad primum casum non exsistentium heredum attinet, sic jus est: licere cuivis testatori cujuslibet heredibus a se institutis in eorum locum alios substituere, uti velit, in hunc casum si primi heredes non erunt: non tantum ut possit substituere secundo gradu, sed & tertio, & quarto, si, qui proximi substituti erant, & ipsi heredes non exstiterint: nec tantum ut unum in unius locum, sed & plures in locum unius, vel unum in plurium, vel ipsos invicem inter

10) Vinc. Cabot. 2. *Disput.* 16. Duo casus. 1. Delatæ hereditatis, & non acquisitæ. 2. Acquisitæ. Ubi notat Alciat. qui in *L.* 16. *h. t.* addit tertium; Post pubertatem pertinentem ad militarem compendiosam.

11) Mantic. *ad L. 3. Cod. hoc ti. n.* 14 primum gradum dici, quia prius tempore ut quis non sit heres, quam ut sit & ad *Leg.* 8. *Codic. h. n.* 160. quia naturalis ordo est ut a non esse perveniatur ad esse, & Gomez. 1. *var. Resol.* 3. *n.* 2.

ter se. *L. potest*, *L. sequ. D. de vulg. Institut. de vulg. in princip.* Sumptum ex lege duodecim tabularum, quæ potestatem facit cuique legandi, ut velit, dum leget rei suæ. Quæ lex ita accepta est, ut in primis pertineat ad heredum institutiones; eoque & ad substitutiones, quæ & ipse institutiones sunt: quo scilicet liceat cuique heredes sibi instituere, & substituere, ut velit: dum instituat suis bonis. *L. verbis. D. de verb. signific.* Quod in hac substitutione accidit, cum quis substituitur primo heredi in hunc casum, *si ille heres non erit*. Necesse est enim bona, quæ defuncti fuerant, tandiu ejus videri, quandiu nemo heres ea occupat. Sic enim intelliguntur esse hereditatis; ideo & defuncti per hereditatem quæ defuncti personam sustinet. *L. hereditas*, 34. *D. de acquir. rer. dom.* Jam vero ex hoc genere substitutionis sic vocatur substitutus, ut tunc sit heres, cum primus heres nemo exstiterit, eoque nec bona defuncti occuparit. Bonis igitur suis in hunc casum aperte substituit testator non heredis, aut alienis. Unde & dicitur, substitutus ex hac substitutione [12] testatori fieri heres, *Instit. de pup. in princip.* versic. *quo casu.* Quare, ut primi heredis institutiones, sic & secundi in hunc casum substitutiones pariter superioribus verbis legis duodecim Tabularum confirmantur.

XVIII. Ex hac potestate libera in hunc casum substituendi nomen natum substitutioni. Dicta est enim *vulgaris*, quæ fit in hunc casum, & casus ipse vulgaris, & modus hic substituendi vulgaris. *L. 4. & toto Titu. de vulg.* Hanc autem substitutionem notari hoc verbo licet intelligere ex principio Tituli *Institut. de pupill. subst.* ubi Justinianus substitutionem conceptam in hunc casum, *si primus heres non extiterit*, eam esse dicit, de qua præcedenti Titulo egerat. Erat autem is Titulus de vulgari substitutione. Sed & in §. *sin. autem*, *Inst. de pup.* nominatim appellatur vulgaris substitutio, innuiturque esse illam ipsam, quæ in principio ejus Tituli fieri dicitur sub hac conditione, si primus heres non erit: dum scilicet eodem loco statim distinguitur ab ea, quæ fit in sequentem casum, si heres exstiterit pupillus. Non dubium, quin sit ita dicta, non quia sit [13] directa, ut quidam scripserunt: nam & pupillaris directa est, quam constat non esse vulgarem: *L. post aditam*, *C. de imp. & al. subst.* sed quia [14] vulgo id est passim, & in omnes tum testatores, tum heredes institutos recepta est: ad discrimen cæterarum, quæ non item passim sunt receptæ. Sic enim, & vulgares actiones in vulgus passim receptas, & vulgaria actionum nomina passim recepta, & usitata dicimus. *L. 1. L. 2. D. de præscr. ver.*

XIX. Non item passim licet in secundum casum heredibus a nobis institutis directo substituere: atque adeo ab initio in totum non licuit, repugnante eadem [15] lege duodecim Tabularum. Sic enim hac lege permittitur cuique facultas testandi; dum testetur de re, & pecunia sua. *d. L. verbis*, *de ver. sig. L. testandi*, *C. de testam.* Jam vero, ut ex superiore conditione, *si primus heres non erit*, testator substituit suis bonis; quam ob caussam & substitutio lege recepta est: sic ex illa altera conditione, *si primus heres erit*, qualis recepta est in substitutione impuberis, *si impubes heres erit*, *& intra pubertatem decesserit*, substituit testator non bonis suis, sed heredis. *L. sed si plures*, §. *ad substitutos*, *D. de vulg. Institut. de pup. in pr.* vers. *quo casu.* Idque ex eo satis intelligitur, quod substituitur heredi jam facto. Qui heres factus est, ad hunc omnia bona transeunt, & jus defuncti, ut de-

12) Vid. Duar. *h. t. C.* in *f.* 385. [Coras. *ad L. 5. T. h.* n. 26. ideo vocula *ei* delet in *L. 2. §. pen. D. hoc tit.* quod non necesse est. Non enim earum relativa referri ad remotiora. Ergo in *d. §. pen.* vocula *ei* non referatur ad *filium*, cui substituit pater vulgariter, sed ad testatorem. Hinc autem: Hot. *in pr. I. hoc tit.* Vulgarem non proprie dici substitutionem. Substitui enim dicitur, qui in alterius locum, quem is prius obtinebat, sufficitur; ut substitutus in officio. Sic igitur, inquit, substitutus pupillariter succedit in locum filii, non autem vulgariter in locum primi heredis. Nam non illi, sed substituenti successor est. Sed his facile est occurrere.

13) Ubi Mossin. *ad L. 5. C. h. t.* n. 9. & *ad L. 5. C. h.* n. 24. ubi & n. 73. dicit, solam vulgarem esse directam, non si opponatur obliquæ, ut in *L. 5. T. h.* sed si mitti, quia sola vulgaris est ex verbis legis 12. tabularum. Et Vult. *in pr. I. h. t.* n. 5. quia & actio vulgaris dicitur, quæ directa est. *L. 46. in fi. de her. inst.*

14) Sic & vulgare pactum *L. 4. C. de pig. act. L. 30. D. de pact. dotal.* Cujac. 4. *Obs.* 23. Et in hac nominis ratione reddenda fere conveniunt Char. 1. *Verisim.* 31. Cujac. *ad L. 163. de V. S.* quia frequentior est, & fit cuilibet a quolibet. Zas. ad *L. 1. h. t.* n. 11. quia cuivis uteri, & personæ hoc modo substitui potest. Govean. *ad Rub. D. h. t.* n. 11. quia communis, nec in ea delectus personarum habetur. Vigl. *in Rub. I. h.* n. 7. Duar. *ad h. t. D.* C. 4. Myns. *in pr. I. h. t.* n. 1. Coras. *ad L. 5. C. h. t.* n. 1. Gabr. Degast. *ad Rub. C. h. pag.* 9. P. Greg. 42. *Synt.* 12. n. 1. Bauth. *ad L. 2. h. t.* n. 2. Diss. Mossin. *ut supr.* & Vocon. 3. *Decl.* 50. n. 9. & 4. *Decl.* 62. n. 4. falso asseri scribit, quod fiat cuilibet a quolibet. Non enim potest a pupillo, furioso deportato, filiofamilias &c. Dicit Bart. a quovis scilicet idoneo. Id si ita est, regerit Vocon. etiam pupillaris recte dicetur vulgaris. Ille igitur *d. C.* 50. n. 10. & *d. C.* 62. n. 5. dictam vult, quia a vulgo non a lege inventa, ad impedienda caduca, ut colligi putat ex *L. 1. Cod. de caducis. toll.*

15) Duaren. *h. t. C.* 12. esse hanc substitutionem contra *L. 12. tabb.* & juris subtilitate inductam. Et Gabr. Digest. *ad L. 7. C. h. tit.* & Tremocitq. *de Substit. Par.* 2. C. 1. n. 7. esse ex humanitate contra juris regulas, quia sic testamentum filii pendet ex arbitrio patris.

Digitized by Google

dafuncti esse desinant, incipiant esse heredis. *L. cum heredes, in pr. D. de acq. pos. L. heres in omne. D. de acq. her.* Ita in hunc casum substituendo primo heredi, *si heres erit*, aperte substituit testator heredis bonis: id est alienis, non suis; quod lege duodecim Tabularum non licet. Et hoc, ut dixi, ita initio jus fuit in totum, ne liceret. Postea substitutio in hunc casum recepta non *jure civili*, sed [16] *moribus*; non quæ permitteretur passim & vulgo, ut prior illa, quæ fit in primum casum: sed certis tantum in personis, & certis conditionibus. Ac primum permissa solum parentibus, ut liberis suis substituere possent. Neque tamen liberis omnibus; sed solum impuberibus, quos in potestate habent, & in hunc casum, *si heredes exstiterint, & intra pubertatem decesserint.* L. 2. D. de vulg. Institut. *de pupill. substitut.* Ut vel hinc appareat, quam recte superior dicatur *vulgaris* ad hanc excludendam: cum hæc nihil minus sit, quam vulgaris, quæ non vulgo, non passim, non in omnes testatores, non in omnes heredes recepta est. Hac recepta, nomen substitutioni ex re inditum. Dicta est enim *substitutio impuberis*, quia fit impuberi. Sic appellatur in §. *illud*, *Institut. de pup.* sic in *Titu. C. de imp. & aliis subst.* frequentius, & ad speciem notandam convenientius dicta [17] *pupillaris*, toto Tit. D. *de vulg. & pup. Inst. de pupil.* ex eo, quod proprium est substitutionis; quia scilicet in hac substitutione ita substituitur impuberibus, ut tamen non substituatur omnibus, sed tantum pupillis: id est iis impuberibus, qui [18] morte patris sui juris futuri sunt, qui dicuntur pupilli. *L. pupillus, D. de ver. sig.* Est enim hæc conditio substitutionis, *si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit.* Non potest patri heres esse, nisi mortuo; quoniam viventis nulla est hereditas. *L. 1. D. de here. vel av. vend.* mortuo autem patre, sui juris futurus est, ac tum pupillus. In quod tempus substitutio confertur.

XX. Hæc substitutio, ut postea recepta est primo; ita sola recepta ante tempora Justiniani. Unde hæc genera tantum duo veteribus cognita, *vulgaris, & pupillaris* substitutio. Quæ ideo sola in Pandectis videmus commemorari, & tractari sub Titulo de *vulga. & pupilla. substitutio.* item in Institutionibus Titulis duobus, quorum alter est de *vulgari substitutione*, alter *de pupillari*. Tentatum quidem sæpe, ut verisimile est, a parentibus, num possent aliis liberis testamentum facere, seu substituere in secundum casum, cum itidem liberi sibi testamentum facere non possunt; ut cum sunt muti, aut furiosi, vel mente capti. Sed ne hoc quidem jure publico permissum erat. Solebat impetrari speciali beneficio a Principe; qualis impetratio refertur in *L. ex facto, in princip. D. de vulg.* Postea Justinianus superiore exemplo, & æquitate rei motus, publica lege in eam rem lata, concessit, ut possent parentes in secundum casum substituere liberis etiam mente captis, quamvis majoribus, si instituti heredes essent, deinde in eodem morbo mentis decederent. *L. humanitatis, Cod. de imp. §. qua ratione, Institut. de pupill.* Quam substitutionem, quia ad exemplum pupillaris inducta dicitur in dicto §. *qua ratione*, ideo vulgo [19] *exemplarem* vocant. Quasi ad exemplum alterius aliquid introductum esse, quidquam ad rem pertineat, ut res inducta dicatur exemplaris. Hypothecaria actio inducta est ad exemplum Servianæ, unde & quasi Serviana dicitur. §. *item Serviana, Institut. de act.* Nemo tamen unquam propterea hypothecariam appellavit actionem exemplarem. Quarta Trebellianica inducta ad similitudinem quartæ propositæ ex lege Falcidia. §. *sed quia heredes, institut. de fid. hered.* Et quis unquam nominavit quartam Trebellianicam quartam exemplarem? Quod si ne ii quidem ipsi faciunt, a quibus exemplaria nomen natum est: non est, cur magis hoc verbo utan-

16) Non Lacedæmoniorum, ut vulgo exponunt, referente Trentacinq. *d. C.* 1. *n.* 4. & probante Vacon. 4. *Declar.* 63 *n.* 1. Govean. *ad L.* 2. 5. *h. l. n.* 6. sed populi Romani Coras. *ad L.* 7. *Cod. hoc tit. n.* 2. ex prudentum interpretatione, quæ consensu populi probata, in mores transiit, Forner. 5. *Rer. quotid.* 3. quia quoties mentio de jure simpliciter, nostrum jus significatur. Ergo & quando de moribus, Mansin. *ad L.* 4. *Cod. hoc tit. n.* 9. *& seqq.* Eman. Soarez. *in Annotat.* ad Gomez. 1. *Var. resol.* 4 *lit. A.*

17) Impuberum si ordinationem inspicimus. Pupillaris si exitum, Mansio. *ad d. L.* 4. *n.* 7.

18) Habetur hic magis ratio temporis, in quod confertur, & quo vigorem suum consequitur, quam ejus quo sit substitutio. Vigl. in *Rub. I. h. n.* 5. Vult. *in pr. I. h. n.* 1. Quamquam & qui in potestate patris est pupillus vocatur, *L. ult.* §. 2. *de Verb. Obl. L.* 4. *C. de nec. serv. her.* Olim enim puerum hæc vox significavit, & a puppo originem traxit. Vid. P. Greg. 41. *Synt.* 17. *n.* 3. Alc. *in L.* 239. *de V. S.* Coras. *ad Rub. Cod. h n.* 18. Gud. *in L.* 181. *de V. S. n.* 3.

19) Trentacinq. *de Substitut. Par.* 3. *C.* 1. *n.* 2. & eam appellationem defendit Mansin. *ad L.* 9. *C. h. t. n.* 11. Sed & eam rejicit Duar. *h. t. C.* 6. *&* 17. *&* 2. *Disp.* 7. vocans quasi pupillarem. (melius quam Govean. qui *ad rubr. h. t. n.* 8. simpliciter vocat pupillarem, sicuti & tutela patronorum vocatur legitima. Quod non convenire videtur.) Neque enim dicitur exemplare peculium, sed quasi castrense, &c. & Charond. 2. *Verisim.* 13. Mercer. *I. Opin.* 16. *in fi.*

utantur in substitutione, quam in cæteris, quæ simili exemplo inducuntur. Et vero ut hoc verbum novum est, & a consuetudine loquendi veterum abhorrens, ita & ad rem, de qua agitur, significandam plane ineptum. Cum enim dico substitutionem exemplarem, nemo hinc intelligit, neque quis substituat, neque cui substituatur, neque quomodo: ut plane hoc verbo nihilo plus explicem, quam si omnino nihil dixissem. Qua maxime de caussa, etiam si cætera deessent, eo verbo ad docendum uti non debemus. Verba enim rebus debent esse consequentia, cum rerum significandarum caussa inventa sint, ut bene monetur in §. *sed nos, Instit. de don.* Quam regulam si sequimur, & nomen quæritur, significanti uti oportet. Nullum est autem significantius, neque ad usum veterum in hac re accommodatius, quam, ut quemadmodum substitutio, quæ fit impuberi, dicitur ex persona substitutio impuberis, seu pupilli: sic substitutio, quæ fit mente capto, dicatur itidem ex persona *substitutio mente capti.*

XXI. Non plura genera directarum substitutionum jure communi recepta. Dixi directarum, quia ex caussa fidei commissi licet omnes heredes a nobis institutos rogare, ut aliis hereditatem, quando nobis visum erit, restituant. §. *ult. Inst. de pup.* ut suo loco dicetur. Dixi jure communi, quia ex privilegio militum licet militibus etiam extraneis heredibus a se institutis, & majoribus viginti annis, jubere, ut illi sint heredes usque ad certum tempus, & post id tempus alios heredes substituere. *L. miles ita heredem, D. de testam. milit.* Nos de institutionibus, & substitutionibus, quæ jure communi fiunt, agimus, de testamento militari, & in eo de privilegio militum postea dicturi. Quibus cognitis, licet jam genera substitutionum jure recepta, & suis nominibus notata breviter complecti: ut substitutio directa genere sit duplex: *vulgaris, & non vulgaris.* Vulgaris, cum primo heredi quis substituitur in hunc casum, si primus heres non erit. Non vulgaris, cum primo heredi substituitur, si primus heres erit, ac deinde desinet. Hujus generis jure communi species duæ; *pupillaris,* seu *impuberis, & mente capti.* Neque, ut dixi, hoc jure genere plura.

XXII. Adjiciunt tamen vulgo interpretes hæc duo: *Compendiosam, & Breviloquam.* Sed genera, ut inaudita juris auctoribus, ita & verbis inepta, & re supervacua.

XXIII. Compendiosam vocant, cum miles filio impuberi substituit directo in hunc casum, *si filius intra vigesimum quintum annum decesserit,* aut simile aliquod tempus, quod excedat pubertatem: qualis substitutio proponitur in *L. centurio, D. de vulga. & L. precibus, C. de imp. & al. subst.* [20] Compendiosam ideo quia compendio sermonis varias substitutionis species complectitur. Nam, intra pubertatem filio decedente, bona filii substitutus jure communi capit, in quibus & bona patris, cui filius heres exstiterat. Post eam autem ætatem ex privilegio militis bona patris dumtaxat, ut est in *d. L. centurio, de vulg.* At hic eadem genera sunt substitutionum, quæ supra diximus. Nam intra pubertatem continetur substitutio pupillaris, quo modo quivis paganus filio suo jure communi substituere potuit. Post pubertatem autem admittitur substitutio directa illa quidem, & in secundum casum, sed ex privilegio militum. De quo nunc non agitur, & si agetur, de eo supra dictum est: ut hic nova genera non nascantur, sed comprehendantur verbis plura: eadem tamen, quæ supra posuimus. Figura quidem orationis diversa: sed quandiu res eadem est, verba rem non mutant; nec interest, quibus verbis quid dicatur, dum verbis exprimatur idem *L. quoniam, C. de testa. L. 2. C. com. de leg.* Verbum etiam ad hoc genus exprimendum ineptum. Licet enim hoc verbo appellare etiam substitutionem breviloquam, quam vocant: quoniam loqui breviter, & loqui compendio sermonis, idem valent. Licebit & compendiosam appellare, cum plures heredes instituti substituuntur invicem his verbis, *eosque invicem substituto:* ubi quot sunt personæ, quæ substituuntur, tot sunt substitutiones. *L. 4. L. potest, in fi. D. de vulg.* Id autem ne isti quidem dicunt, aut ita istas vocant.

XXIV.

20) Quia sub compendio temporum, non personarum, plures substitutiones comprehendere apta. Trentacinq. *de Substit Par. 4. Cap.* 1. *n.* 1 vel quia sub verborum compendio multa tempore, & substitutiones complectuntur Mascard. *ad L. 8. C. h. t. n.* 5. Hanc non esse speciem distinctam, si ex Logicorum regulis rem metiamur, fatetur Trentacinq. *d. Cap.* 1. *n.* 2. sed in usu juris, modicam diversitatem speciem constituere ait, & quæ participat ex aliis speciebus separatim considerari *L. 1. de prætl. stip. & simil.* hoc multum species nova est ICtis *L.* 5. §. 1. *de R. V.* non est philosophis. Et esse eam speciem distinctam Vacon. 4. *Decl.* 64. *n.* 3. Porcat. *Dial.* 24. *n.* 1. Mascin. *ad L.* 8. *Cod. hoc tit. n.* 327. *& seqq.* de qua & Matthæus Gribal. *in Tr. Compendiosa ad L.* 8. *Cod. hoc tit.* P. Greg. 42. *Synt.* 26. & Vasq. *Lib.* 2. *de Success. progressu* §. 18. *toto.* Aug. Matthæus. *Epit. legat. Lib.* 1. *Cap.* 7. *& Cap.* 16. *&* 3. *seqq.* Mar. Anton. Peregrin. *de Fideicommissis, artic.* 34. & Gomez. 1. *var. Resol.* 7.

XXIV. Breviloquam [21] appellant, cum pater, duobus filiis impuberibus institutis, eos invicem substituit his verbis, *eosque invicem substituo*: quia scilicet placet his brevibus verbis non solum utrumque impuberem alteri, sed etiam in utrumque casum substitutum videri: sive unus heres non erit, sive heres erit, & intra pubertatem decesserit: quo intelligatur in hoc breviloquio vulgaris, & pupillaris contineri *L. 4. D. de vulg.* Atqui hic idem error est, qui supra. Licet enim videre non nova genera hic statui, sed eadem illa, quæ ante diximus. Et ut conceptio tantom notetur, non magis tamen licet hanc breviloquam, aut compendiosam, dicere, quam superiores. At Modestinus in *d. L. 4. de vulg.* speciem hanc diserte vocat tertium genus substitutionis. Sed, cum adjiciat, in hoc genere nihil amplius contineri, quam vulgarem separatim, aut separatim pupillarem substitutionem, prout erit eventus conditionis: apparet; non constitui ab illo genus, quod re differat a prioribus, sed quod plane sit idem. Quod ergo vocat tertium genus substitutionis, perspicuum est eum tertium dicere non re tantum, sed tertium [22] *forma*, *& conceptione verborum*: ut hoc modo, vere est tertium. Nam vulgaris substitutionis, si per se exprimatur, forma hæc est, *si primus heres non erit, Titius heres esto.* Inst. de vulg. *in pr.* Pupillaris hæc: *si filius impubes heres erit, & intra pubertatem, decesserit, ille heres esto.* Inst. de pup. *in. pr.* Tertium genus substitutionis conceptione a prioribus differens est, cum impuberes filios institutos pater ita substituit, *Eosque invicem substituo.* Sed is verbis nihilominus re ipsa superiores substitutiones continentur: ut sint re genera eadem; sed quæ verbis aliter exprimantur, vel significentur potius. Longe aliud est quærere, quæ sint genera substitutionum: aliud, quomodo, & quibus verbis singula exprimantur. Nam fuerunt plura genera veteribus, quam vulgaris, & pupillaris: sed multo pluribus modis quam uno exprimuntur singula. De quo in unoquoque genere ex verbis substitutionis quærendum est. Redeo igitur eodem, plura substitutionum genera non esse, quam superiora, sive nomina de his veterum spectentur, sive spectetur res, & substitutio ipsa, quam verbis pro genere aliquo certo, & ab aliis re diverso notare oporteat.

CAP.

21) Quam crebrius reciprocam vocant. Trentacinq. *de Substitut. P. 5. passim.* quasi repetitam, quia repetit personas; & partes in institutione repetitæ censentur in substitutione *Leg. 1. Cod. hoc tit.* vel quia inter plures vicissim, & reciproce, ac mutue fit. ut convenientius, Massin. *in L. 1. Cod. hoc tit. n. 6.* qui & reciprocam duplicem esse scribit. 1. Diffusam, & in singulis casibus expressam, quæ breviloqua vocari nequeat. 2. Brevem, coarctatam, generali oratione conceptam, quæ sic vocetur, quam & deinde passim breviloquam appellat. Hæc an sit vera species hinc inde disserit, & adstruit, Massin. *ad d. L. 1. n. 12. & seqq.* ubi *n. 33.* cum omnia civilia sint accidentia, in iis qualitates accidentales constituere novam speciem. nec differentiam inter accidentia posse esse nisi accidens. Vid. & de eo Trentacinq. *de Substit. Par. 5. C. 3.* Gomez, 1. *var. Resol.* 8. Duar. *h. t. C. 24. & seqq.* P. Greg. 42. *Synt. C.* 27 Vinq. *Lib.* 2. *de Success. progressu* §. 19. & Mitthoac. *Epit. legal. Lib.* 1. *C.* 15.

22) Govean. *ad Rubr. D. h. t.* n. 8. orationis figuram genus novum non constituere. Tertium genus pro tertio modo seu qualitate ut in *L. Titius* 41. §. 14. *de fiduic. libert.* Virgil. *Quod genus hoc hominum* Sed Trentacinq. *d. loc.* genus in *d. L.* 4. §. proprie accipi, quia dicitur tertium respectu vulgaris, & pupillaris, quæ sepe sunt species;

Digitized by Google

CAP. XXIV.

De vulgari substitutione: Quando facta intelligatur: Ea inventa, quando ex ea deferatur hereditas: Quibus ex partibus.

Nexus rerum indicatur. I.
Vulgaris substitutio aut exprimitur verbis, aut non expressa, intelligitur. II.
Verbis vel plena oratione, vel verbo uno. Exempla utriusque. III.
Non expressa intelligitur duobus casibus. IV.
Uno si pater filio impuberi substituit in secundum casum si heres erit, & impubes decesserit. V. VI.
Altero si coheredi substituto tertius substituatur. Atque ad eum utraque portio deficientium heredum pertinere sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit. VII. VIII.
Vulgarem substitutionem excludi, cum institutus heres existat. IX.
Existere heredem, si suus, ipso jure, si extraneus, adeundo. Non esse cum Bartolo putandum, cum suo heredi substitutus quis est in vulgarem casum, substitutionem ex necessario herede facere voluntarium. X.
In suo herede se abstinente idem juris ac in extraneo, qui adiit, ac postea beneficio ætatis restituitur. XI.
Non esse dubium, quin, extraneo adeunte, evanescat substitutio vulgaris. XII.
At fideicommissaria confirmatur. XIII.
Item pupillaris. XIV.
Vulgaris facta servo alieno; si is jussu domini hereditatem adiit, expirat. XV.
Quid si facta servo, quem testator putavit patremfamilias. XVI.
Exponitur Lex si paterfamilias D. de hered. instit. XVII.
Hujus legis lectio vulgaris vitiosa. Item Pandectarum Florentinarum. XVIII.
Substitutio vulgaris facta cum minori, tum heredi suo, non expirat si ille post aditam hereditatem restituatur, hic se abstinuerit. XIX.
Ut, primo herede existente, expirat vulgaris substitutio, ita, eo non existente, confirmatur. XX.
Intelligitur non extitisse, cum certum esse cœpit, non posse heredem esse. XXI.
Id certum esse incipit cum vel heres esse noluit, vel casu non potuit. XXII.
Non potest aut cum ante aditam hereditatem decedit, aut, cum conditio, sub qua institutus est, deficit. XXIII.
Non vult si heres extraneus, repudiando; si suus, abstinendo. XXIV.
Filiofamilias herede instituto, eique si heres non erit, dato substituto, huic esse locum, si ille, etiam jubente patre, adire recuset. Contrariis occurritur; Lex q. ultima §. 1. C. de bon. quæ lib. *declaratur.* XXV. XXVI. XXVII.
Non potest institutus heres esse, qui natura, aut jure impeditur. XXVIII.
Natura, qui, vivo testatore, decessit. XXIX.
Idem de eo, qui sub conditione institutus est, si conditio deficit. XXX.
Jure impeditur heres esse, qui ante aditam hereditatem decessit. Eam non aditam non transmitti, præter quam a liberis ad liberos; ab extraneis ad quoscunque si intra annum decesserint. XXXI.
Extraneo herede, qui jus transmittendi habeat, instituto, eique dato substituto, utrum, si ille, hereditate non adita, decesserit, ejus heredes adeunde substitutum excludant. XXXII.
Pluribus substitutis, singuli, si partes adscriptæ, in sua parte, si non adscriptæ, nec prius instituti, ex æquis partibus substituti intelliguntur. Pluribus institutis, ac invicem ipsis, aut pluribus ex eis uni substitutis, credendum esse ex iisdem partibus substitutos, ex quibus instituti fuerant. XXXIII.
Id verum esse si sub appellatione heredum substituti sint: secus si quidam sub nominibus propriis. XXXIV.

I. His generibus receptis, videndum, quid sit proprium singulorum, quod necesse sit cognosci ad deferendam ex substitutione hereditatem: ac primum de vulgari. Et potestate in vulgarem casum substituendi libera constituta omnibus, ut constitutam esse diximus: quæ potestas declaratur in *L. potest, D. de vulg. Inst. eod. in pr.* Unde & vulgaris nomen: restat ad deferendam hereditatem ex hac substitutione, ut de voluntate testatoris hic quæratur, an sit facta vulgaris substitutio: atque, hac inventa, quando ex ea deferatur hereditas, & quibus ex partibus.

II.

II. An facta sit substitutio vulgaris, intelligitur ex iis rebus, quibus hæc substitutio significatur. Significatur autem hoc modo. Aut enim exprimitur verbis, aut verbis non expressa intelligitur.

III. Exprimitur alias plena oratione, alias verbo uno. *Plena oratione*: cum exprimitur conditio hujus substitutionis propria. Hoc modo, *Si primus heres non erit, Titius heres esto*. Inst. de vulg. *in pr. L.* 1. *L. potest*, D. de vulg. *Verbo uno*; cum testator substituendi verbo utitur in persona ejus instituti, cui aliter, quam in vulgarem casum substitui non potest: ut si dicat, *Titium primo substituo*: aut pluribus institutis ita scribat, *eosque invicem substituo*. Nam sive illic primus heres extraneus est, cui testator ut impuberi non possit substituere, sive hic unus aliquis ex heredibus in eadem caussa; superiori verbo nihil nisi in vulgarem casum facta videtur substitutio. Alioqui communi verbo ad utramque substitutionem pertinente, duplex substitutio futura. *L.* 4. *D. de vulg.*

IV. Verbis non expressa vulgaris substitutio tamen intelligitur, cum, aliis verbis positis, colligitur conjectura voluntatis. Quod contingit nonnunquam, cum alia substitutio posita est; interdum cum hæc ipsa in unius instituti persona expressa, in alterius instituti persona intelligitur.

V. Alia substitutione posita intelligitur vulgaris, cum pater filio impuberi in secundum casum substituit, *si heres erit, & impubes decesserit*. His enim verbis substitutio pupillaris tantum exprimitur. Sed qui ita substitutus est, etiam in vulgarem casum videtur substitutus; ut, si impubes heres non erit, puta quod decesserit patre vivo: nihilominus substitutus patri substitutus intelligatur. Id ita necesse est intelligi, si cum pater impuberi filio in alterum casum substituit, intelligatur substituisse in [1] utrumque casum: quod est constitutum *L.* 4. *D. de vulg.* At quomodo in hunc casum videatur substitutus, qui in hunc casum scriptus non est: cum exigamus in herede instituto, non solum ut testator eum heredem esse voluerit, sed etiam ut scripserit? *L. quoties*, 9. *in pr. D. de her. inst.* Satis in hunc casum scriptus videtur, qui scriptus est aliquo modo, & iis verbis, unde hic casus [2] colligatur. Non enim, ut ante dixi aliquoties, necesse est, in testamento omnia exprimi. Satis est ea poni, unde intelligatur testatorem & in alia re, aut alia persona idem voluisse: ut ad id etiam voluntas pertineat, & admittatur. *L.* 3. *C. de inst. & subst. L. cum avus, D. de con. & dem. L. licet, D. de leg.* 1.

VI. At quomodo ex hac conditione, *si impubes heres erit*, colligatur hæc, *si heres non erit*, cum non modo una non sequatur ex altera, sed etiam ipsæ inter se sint contrariæ? Verbis, & conceptione conditionis sunt contrariæ: re autem ipsa posterior duplo plus continet, quam prior: semper tamen idem, quod prior. Ex posteriore vocatur substitutus ad dupli-

1) Vulgo dicunt, Expressam pupillarem continere tacitam vulgarem & vicissim. Num autem & postumo facta pupillaris hanc continet? Negat Govean. ad *L.* 4. *D. h. t. n.* 2. per exemplum causæ Curianæ cujus mentio Ciceroni 1. *de Oratore*. quem refellit Cabot. 2. *Disput.* 17. vid. & Duar. *h. t. C.* 16. *fol.* 395. Doubt. *ad L.* 1. *hoc t. n* 17. *& seqq.* Connan. 10. *Comm.* 8. *n.* 12. & de causa Curiana. P. Hevod. *Lib.* 1. *de cret. Tit.* 45. ac Ang. Matthæus. *Lib.* 2. *de Via Jur. C.* 15. *n.* 3. *& seqq.* An per adventum pubertatis hæc tacite vulgaris extinguatur vid. Trentacinq. *de Substitut. P.* 1. *Cap.* 22.

2) Ita vulgo DD. Unde & tacitam eam vocant Trentacinq. P. 1. *C.* 1. *n.* 3. *& seqq.* & passim Mantic. *ad. L.* 3. *C. h. n.* 18. *& passim.* Cabot. 2. *Disput.* 16. convenientius præsumptam vocari, quia præsumit Lex, in alium quoque casum providere voluisse: oblitum autem vel morte præpeditum. Arg. *L.* 65. §. 1. *de lib. & post.* Duar. *h. t. C.* 10. *f.* 382. hoc non esse ex certa testantis voluntate, quia obstaret *L.* 10. *de lib. & post.* Sed ex constitutione D. Marci, quæ ita interpretatur. & A. Fab. 26. *de Err. Prag.* 3. recte a lege intellectam vocari a Govean. *ad Rubr. D. h. t. n.* 16. *& ad L.* 4. *hoc. tit.* non recte a DD. vulgo tacitam. Tacitum est quod in expresso vi ipsa continetur: hic nihil minus. Casus hi contrarii sunt. Unius expressio alterum excludit. Nec D. Marcus conjecturatam mentem testatoris respexit, sed favorem pupilli. Cujus rescriptum si non intervenisset, prudentes hoc interpretatione sua efficere non potuissent. Idem Faber. 32. *Err. Prag.* 9. vulgarem tacitam nullam esse, sed pupillarem tantum ex *d. L.* 4. magno nisu contendit. Quod hic nunc expendere non vacat. Sane non inepte DD. tacitam vocant substitutionem, tametsi ex legis sit interpretatione, vel fictione. Sicuti & ipsi ICti tacitam conventionem vocant, qua invecta in prædium urbanum pignori obligantur *L.* 4. *pr. de pact. L.* 4. *pr. L.* 6. *D. In quib. ca. pign.* Quæ tamen ipsa non est ex voluntate contrahentium facto declarata, sed a lege, quæ pactionem intervenisse fingit, præsumpta, agnoscente non tantum, sed immo contendente, ac recte quidem, ipso Fabro 60. *de Error. Pragm.* 8. *&* 9. non recte tamen contra ipsa Jureconsultorum verba negante, illam tacitam vocari posse. Turam. *Epist. academ.* 7. sic distinguit. Si respicimus caussam inducendæ constitutionis D. Marci; dici non potest, quod eum moverit conjectura voluntatis testantis. Sumeretur enim vel ex aliqua parte testamenti, vel ex dicto, aut facto aliquo testatoris. Ex substitutione ipsa facta in unum casum sumi non potest. Casus enim vulgaris substitutionis est: *Si heres non exstitit*: Pupillaris: *Si exstitit, & impubes moriatur*. Existere, & non existere sunt opposita, &c. Et hoc probant duæ exceptiones, quæ subjectæ sunt in *d. L.* 4. *h. t.* 1. Ne locum habeat hæc extensio in personis imparibus. Ratio *in d. L.* 4. §. 2. Incongruens enim videbatur &c. ut *ibi*. Incongruum autem id non respectu testatoris: Eo enim volente immo non est incongruum, sed respectu legis. 2. Exceptio in *d.* §. 2. Nisi voluntas refragetur. Si Lex sequeretur voluntatem testatoris, non posset hæc exceptio timeri. Sin vero testamenta post dictam Constitutionem confecta respicimus, habet hæc tacita, quæ vocatur substitutio, voluntatem testantis ex eo, quod is præsumitur scivisse jura. Quare hæc constitutio locum non habet in testamento militis, quia conjectura illa voluntatis, ex qua hæc substitutio inducitur, non est ex verbis prolatis, sed præsumpta juris scientia. In milite autem hæc non est, sed præsumpta LL. ignorantia. Ita Turamin. cui assentior.

Digitized by Google

plicem hereditatem, impuberis simul, & patris. Impuberis; quia aperte pater huic heredem dat, & substituit ejus bonis. *L. sed si plures*, §. *ad substitutos*, *D. de vulg.* Patris; quia in hereditate filii reperiuntur bona patris, cum filius patri heres exstitit. Unde regula juris nata, heredem heredis, heredem quoque esse testatoris. *L. ult. C. de her. inst.* quæ efficit, ut qui filio impuberi, eidemque patris heredi ex substitutione heres est, sit idem & heres patri. Ex priore autem illa conditione, *si impubes heres non erit*, vocatur substitutus ad bona tantum patris; attamen patris: denique substituit testator heredem sibi. Manifesta voluntatis conjectura hæc est, si pater substituendo in hunc casum, *si filius heres erit*, voluit substitutum heredem sibi esse & filio; multo magis voluisse sibi soli esse heredem, quo casu ex superiore conditione filio heres esse non poterit.

VII. In unius instituti persona expressa vulgaris substitutio etiam ad alterum institutum porrigitur, cum duobus heredibus institutis, & uno alteri substituto, alius huic substituto substitutus est. Tum enim placet, posteriorem substitutum utrique instituto substitutum esse, & ad utriusque partem admitti. Quæ Juliani primum sententia fuit relata in *L. si Titius* 27. *D. de her. inst.* deinde confirmata rescripto Imperatorum, quod refertur in §. *sed si instituto*, *Inst. de vulg.* Sint, exempli gratia, duo instituti, Primus, & Secundus (sic enim speciem facti proponit Theophilus in *d.* §. *sed si instituto*) deinde Primus in partem Secundi substitutus, si Secundus heres non esset; ad extremum Tertius substitutus Primo, si Primus heres non esset. Hoc quidem constat, herede non exsistente Primo, Tertium, qui illi substitutus erat, ad Primi partem admitti ex manifesta substitutione. Sed dicimus amplius, etiam Secundo deficiente, Tertium, tanquam huic quoque substitutum, ad ejus etiam partem admitti. At unde hæc substitutio in Secundi locum, cum de eo nihil verbis substitutionis sit comprehensum? Ex ea nimirum [3] substitutione, quæ expressa est in unius persona, voluntas testatoris etiam de eadem in alterius persona intelligitur. Id autem fit hoc modo. Cum enim Primo, qui coheredi suo Secundo substitutus erat, Tertius substitutus est: intelligitur, substitutus esse in locum heredis substituti; coque in omnem partem, quæ ei heredi deferebatur. Deferebatur autem ei utraque pars hereditatis. Sua ex institutione; coheredis sui ex substitutione, qua illi erat substitutus. Quapropter Tertius Primo substitutus, conjectura voluntatis in utramque hanc partem substitutus recte existimatur. Et quod dicitur in *d.* §. *sed si instituto*, *Inst. de vulg.* Tertium substitutum in utriusque partem admitti; sic accipiendum est, ut admittatur pro natura, & conditione substitutionis, si uterque & Primus, & Secundus heredes instituti non exstiterint heredes. Ideo enim admittitur Tertius, quia in utramque partem substitutus est, ut est in *d. L. si Titius*, *de her. inst.* Ex substitutione autem vulgari non aliter admittitur substitutus, quam prioribus heredibus non existentibus, ut mox dicetur.

VII. Quod adjicitur in *d.* §. *sed si instituto*, Tertium secundum substitutum ad utramque partem sine distinctione admitti: qualis sit ea distinctio, quæ illic intelligi debeat, quæque ibidem removeatur, explicat Papinianus in *L. coheredi*, *in pr. D. de vulg.* Ad substitutum secundum, inquit, utraque portio deficientium heredum pertinet, sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit: id est sive Tertius secundus substitutus, fuerit substitutus Primo heredi ante, quam Primus substitueretur Secundo coheredi suo, ac deinde Primus coheredi sit substitutus; sive recto ordine Primus Secundo coheredi primo loco sit substitutus, deinde Tertius Primo. Et recte: quocunque enim loco Primus substitutus sit coheredi suo, semper ordine naturæ prius ei substitutus intelligitur, quam substitutus secundus ex substitutione ad ejus partem vocetur. Addit Papinianus: *nec interierit*, *prior substitutus post institutum*, *an ante* [4] *decedat*. Hoc contra poterat videri. Nam cum prius decedit Secundus institutus, defertur ejus portio Primo ejus coheredi, eidemque ejus substituto. Quod si deinde & hic decedat, non mirum, si Tertio Primi substituto utraque pars deferatur: quoniam prius delata erat ei, in cujus locum substitutus est. At hoc contra evenit, si proponas, Primum coheredi substitutum decessisse ante coheredem suum. Tunc enim nunquam dici potest portio coheredis ei fuisse delata.

Quo

3) Non jure accrescendi, ut vulgo DD. *ad L. 6. C. h. t.* Nulla enim esset dubitandi ratio, si hoc jure accrescendi eveniret, nec desideraret res speciale rescriptum *d.* §. 5. Duar. *h. t.* C. 10. *f.* 385. & seq. Vult. *in* §. *cit* 2. *I h. t. n.* 2. *...* 5.

4) Aliud est in pupillari, ut in exemplo *L.* 47 *h. t.* vid. Vult. *d. loc.* & aliter Duar. *h. t. C.* 18.

Quo fit, ut si postea decedat Secundus coheres, non videatur hæc portio ad secundum substitutum pertinere debere: ad quem neque potest pertinere ex persona substituti, cui illa delata non erat; neque ex sua, qui primo illi instituto substitutus non fuit. Sed & hanc distinctionem recte removet Papinianus: quia hic non eventum spectare debeamus, sed propositum, & destinationem testatoris, qui uni heredi coheredem suum substituendo, ac deinde substituto coheredi alium substitutum dando, aperte ab initio hoc animo fuerit, ut, deficiente instituto, utraque pars ad coheredem perveniret: deinde, hoc quoque deficiente, tantumdem perveniret ad substitutum secundum. Quæ voluntas, quandocumque primus substitutus decesserit, eventu mutari non potest.

IX. Vulgari substitutione ex his inventa, tum de vi, & potestate ejus ad deferendam hereditatem quærendum. In quo primum est illud, quando ex ea deferatur aut non deferatur substituto hereditas. De quo ex conditione substitutionis æstimandum est. Substitutio est sub conditione, *Si primus heres non erit*. Proinde, deficiente hac conditione substitutus excluditur: exsistente, admittitur: ut est vis conditionis cum in omnibus aliis caussis, tum in heredum institutionibus, & substitutionibus. *L.* 1. *L.* 2. *C. de inst. & subst. L.* 5. *D. cond. inst. L.* 2. *D. de her inst. L.* 3. *C. de imp. & al subst.* Deficit hæc conditio, cum primus heres exstitit. Proinde ita statuendum, instituto herede existente, cui substitutus datus erat, substitutionem vulgarem evanescere: quia substitutionis conditio defecerit.

X. Exsistit primus heres; si quidem suus, ipso jure. §. *sui*, *Inst. de her. quæ ab int. def.* Si extraneus, hereditatem adeundo. §. *item extraneus*, *Inst. de her. qual. & diff.* Quamobrem eveniet pariter utroque modo, ut substitutio vulgaris evanescat, sive filius suus heres institutus, cui substitutus in vulgarem casum datus erat, heres patri exstiterit jure; sive extraneus institutus heres hereditatem adierit. Nisi forte cum Bartolo putamus, cum suo heredi substitutus quis est in vulgarem casum *si heres non erit*, substitutionem ex necessario herede facere [5] voluntarium: qui proinde non aliter fiat heres, quam si adierit. Hoc enim ille ita scribit ad *L.* 1. *D. de vulg.* Quod verum non est. Nam & cum filio impuberi quis substituitur, semper in vulgarem casum intelligitur substitui. *L.* 4. *D. de vulg.* Neque eo minus tamen impubes necessarius patri heres exsistere dicitur. *L. Julianus*, 42. *D. de acq. her. L. si filius*, 12. *D. de vulg.* Et recte. Quid enim significant hæc verba substitutionis vulgaris, *Si filius heres non erit*, nisi hoc, si filius heres non erit, quibus modis accidere potest, ne sit heres, non aliis? Atqui ne sit heres, his modis accidit, si aut vivo patre decedat, aut ab eo emancipatus, postea hereditatem mortui repudiet. Qui si, in potestate patris manens, patri superstes erit, jus facit, ut, qui suus est patri heres, idem & patri statim exsistat heres necessarius. Quod jus superior conditio non mutat; cum nihil ea in se habeat, quo id significari intelligatur. Hæc ergo in suo herede etiam removendæ substitutionis vulgaris ratio est, cum ille isto modo heres patri exstiterit. Quod ipso jure, non aditione hereditatis contigit.

XI. Quid si suus heres se abstineat postea? Idem juris erit, quod futurum est, si extraneus, hereditate adita, restitutus sit beneficio ætatis, ut sibi repudiare liceret; ut perinde sit in utroque post hæc facta, quasi heres non exstitisset, de quo paulo post.

XII. Quod ad extraneum heredem attinet, quando is certo fit heres, hereditate adita; nulla dubitatio esse potest, quin, cum is, qui primo gradu institutus erat, hereditatem adierit, [8] evanescat substitutio vulgaris. Et hoc est, quod inde sumptum traditur in *L. post aditam*, *C. de imp. & al. sub.* his verbis: *post aditam hereditatem directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ expirare solent.* Directa substitutio non impuberibus filiis facta, uno verbo est substitutio vulgaris: nec superior circuitio aliud significat. Quod ex remotione aliorum generum intelligitur.. Nam temporibus Diocletiani, & Maximiani, quorum est supe-

[5]) Et tollere suitatem. Quæ communis opinio nude attestante Mantic. *ad L.* 3. *C. h. t.* n. 39. & Trentacinq. *Par.* 1. *C.* 4. *n.* 5. *qui d. Par.* 1. *C.* 14. latissime de hoc disserit ut & Dauth. *ad L.* 1. *h. t.* n. 197. *& seqq.* Sed haud dubie falsa Coras. 1. *Misc.* 2. Goveau. *ad Rubr.* D. *h. t.* n. 38. Gomez. 1. *Var. resol.* 3. *n.* 15. A. Fab. 32. *de Err. Prag.* 6. Gabr. Degast. *ad L.* 5. *C. h. t.* In subsidium institutionis inventa substitutio *L.* 36. *pr. h. t.* non in ruinam. Et tollerttur jus sui non sine detrimento filii ob commoda, quæ illi cohærent. Immo tantum abest ut pupillaris substitutio, quæ tamen vulgarem continet, adimat suitatem, ut potius nonnunquam tribuat. Per eam enim fit frater fratri suus heres *L.* 10. §. 1. *h. t.* Medianı quandam, sed improbabilem opinionem habet Vacon. 2. *Decl.* 50. *n.* 10. *&* 12. vid. & Bas. 3. *Paradox.* 12. *&* 2. *seqq.*

[8]) *L.* 85. *de her. inst. L.* 7. *pr. de acq. hered.* vid. Trentacinq. *de Substitut. Par.* 1. *C.* 18. *& seq.*

superius illod rescriptom, atqne adeo posterioribos etiam temporibus ante Justinianom, directæ sobstitutiones jure communi cognitæ duæ tantum fuerunt, ut supra diximus, vulgaris, & popillaris, quæ fit filiis impuberibus. Quapropter impuberum, seu popillari substitutioue remota, ut illic removetur, sola ex directis relioquitor vulgaris, quæ iotelligator. Hæc post aditam hereditstem exspirat. Quod sic accipiendom est, post aditam a primo, cui substitutus erat datus. Exspirat aotem, ut dixi, quia hoc modo substitutioois conditio deficit. Sic enim primus fit heres: conditio autem sobstitutionis hæc eret, si ille heres non esset.

XIII. Removeotur illic substitutiooes non directæ, idest, fideicommissariæ; quia hæ, adita bereditate ab institoto herede, qui hereditatem restituere rogatus est, non modo non exspirant, sed tum maxime confirmaotur. Restituere enim hereditatem heres debet. §. *sed si recusabat, Inst. de fid. her.* sic antem potest restituere, si prius habere cœperit, quam restituat. Acquirit vero adeundo, repudiando amittit. *d. §. item extranens, Inst. de her. qual. & diff.* Quinetiam iotercidit fideicommissom, oisi heres institotus adierit hereditatem; qua de caussa etiam si recuset, adire cogitur ex senatusconsolto. §. *sed qnia heredes*, §. *sed si recnsabat, Inst. de fid. her.*

XIV. Removentur item substitotiooes impuberibus factæ: quia hæ aperte concipiuotur in hunc casum, si impubes heres extiterit: nt non aliter exitum habesot, quam impubere herede exsistente, si quidem prius institutus fuerit. Ita fit hoc proprium vulgaris substitutionis, ut non solum, post aditam a primo hereditatem exspiret, sed etiam sola, propter conditiooem hujus substitutionis propriam.

XV. Solam ita exspirare convenit. Sed an semper aditione exspirot, quæsitom est, propter eos heredes, qui adire quidem possunt, & adeundo acquirunt horeditatem; ipsi tamen beredes non fiunt. Quod accidit in filiisfamiliaa, & servis heredibus institutis, qoi jusso eorum, quorum sont in potestate, recte adeunt, & acquirunt hereditatem, sed acquirunt jobeotibus patribus, aut dominis, noo sibi *L. acquiruntur*, §. 1. *D. de acquir. rer. dom. L. placet, D. de acq. her.* ot proinde non ipsi sint heredes, sed patres, dominive. Sed nos ad servos orationem conferamus, ut & veteres in bac specie fecerunt: idem intellecturi & de 7 filiisfamilias, quatenus instituti patribus acqoirunt. Finge ergo, institutum esse heredem alienum servum: huic substitotum Sempronium, *si servus heres non esset*: deiode servum jussu domini hereditstem adire. Ad utrum bereditas pertinere debet, ad dominum servi, an ad substitutum? Alio trahit superior sententia; alio conditio substitutionis. Hereditas io proposito ab instituto herede recte adita est. Superior definitio facit, ut, adita hereditate, substitutio evanescat. At rursum qoantumvis hereditas hic sit adita; tamen institutus non est heres: quod si fit, exsistit cooditio substitutinnis; unde & substituto fit locus. Non enim hæc erat conditio, *si institutns hereditatem non adiret*, sed *si heres non esset*: id quod eveoit. Et placuit veteribus, etiam in persona servi heredis institnti, cui substitutus datus sit, locum esse superiori definitioni, ut, hereditate ab eo jussu domini adita, exspiret substitutio. *L. si paterfamilias, 40. D. de her. inst.* Sed obstant verba conditionis. Verum est enim servum heredem oon exstitisse. Hoc veteres ita expediunt: uon exstitisse quidem illum heredem secundum verba: vere enim non exstitit, quod verba significant: sed exstitisse ex sententia testatoris: id est ita, ut testator accepit conditiouem. In persona enim servi instituti, qoem testator servum sciat, his verhis, *si heres non erit*, hoc dixisse, & sensisse intelligi, si neque ipse, mutata cooditione, heres erit, neque eadem conditione manente, alium heredem fecerit. *d. L. si paterfamilias, de her. inst. §. ult. Inst. de vulg.* Quod quidem ex iostitutione planum fit. Nam cum testator ita servum heredem instituit, *Stichus mihi eres esto*, aperte iutelligitur, hoc sentire, sit heres, quomodo per jus licet: id est ita, ut adeundo hereditatem acquirat domino, vel mutata conditione sibi. Id enim fert juris ratio. Alioqui, servo herede instituto, quatenos servus est, inutilis sit institutio: quod secus est, *L. non minus, D. de her. inst.* Qnare cum adjecit testator, *si Stichns heres non erit*, eodem modo heredem oominasse intelligitur, nt diceret, *si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit*, ut prius heredem esse volnerat.

XVI. Sed hoc, inqoam, ita placuit in servo jussu domini bereditatem adeunte, si testator scivit servum esse. Diversum, si putavit patremfamilias, cum servus esset.

7) *L. 7. pr. de acq. her.* Idque ex verisimili testatoris mente, licet patris nullam facit mentionem Duar. *h. t. C.* 10.

set. In hoc visum non est, defecisse conditionem substitutionis, quamvis jussu domini hereditatem adjerit: sive rem, & verba spectemus, sive testatoris sententiam. Nam ut est in *d. L. si paterfamilias de her. inst.* §. *ult. Inst. de vulg.* qui eum, quem liberum putat esse, heredem scripsit; hoc sermone, *si heres non erit*, nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem vel sibi non acquisierit liber manens, vel, mutata conditione, alium heredem non fecerit. Quod quidem in hoc servo, quem testator liberum, putat, non tantum reipsa, & ex verbis, sed etiam ex sententia testatoris accidit, quantumvis jussu domini adeat, hereditatem. Nam re ipsa, cum nequaquam heredem fieri jam diximus. Ut autem est superior sententia testatoria, ne sic quidem acquirere potest hereditatem, ut testator sensit. Non enim potest acquirere primum sibi, deinde, mutata conditione, alii: cum id ad liberos tantum pertineat; hic autem sit servus, qui statim acquirere potest alii, non sibi. Ita effici videbatur in hoc errore testatoris, ut, tanquam conditione substitutionis existente, admitteretur substitutus, excluso domino servi. Sed etsi in eo errore hic est sensus testatoris, quem diximus: tamen rursum incertum est, si heredem institutum servum esse scisset, num vellet eum hereditatem domino acquirere, & excludi substitutum. Nam qui pateretur institutum pro herede haberi, si mutata conditione, alium heredem faceret: cur non patiatur etiam nunc eum haberi pro herede, quamvis statim alium heredem faciat? Quæ interpretatio rursum alio revocat, & domino servi hereditatem adjicit excluso substituto. Utrum igitur probamus? Et si de voluntate testatoris constaret, non dubium, quin hereditatem totam uni ex his adjudicare deberemus. Alterutrum enim sensit testator: aut substitutum ita admittendum, si servus heres institutus quoquomodo aliquem heredem statim non faceret, vel se, vel alium: aut ita, si servus heres non fieret. Si prius sensit testator, dominus admittitur: si posterius, substitutus. Sed quoniam incertum est, utrum horum testator senserit, factum hic est, quod in rebus dubiis, & obscuris solet, ut, quoniam hic aliquid facit pro domino servi, aliquid pro substituto: eligeretur media via, ut neque unus excluderetur in totum, neque rursum in totum admitteretur; sed admitterentur ambo ad hereditatem, quæ inter ipsos divideretur. *L.* & *hoc* 41. *D. de hered. instit.* §. *ultim. Inst. de vulg.* Neque novum est in dubiis rebus, in quibus variæ rationes in contrarias sententias rem distrahunt, mediam viam eligi: quod exempla horum locorum probant. *L. antiqui*, *in fin. D. si pars her. pet.* §. *ult. Inst. quib. ex cau. ma. non licet.* §. *cum ex aliena. Inst. de rer. di.* Dividi inter istos hereditatem simpliciter scriptum est in *d. L.* & *hoc de her. inst.* sed hoc ipso satis declaratur, dividi ex æquo. Cum enim vocantur aliqui ad hereditatem, nec adjiciuntur partes, æquales intelliguntur. *L.* 9. §. *heredes de hered. inst.* Idemque valet, quod dicitur in *d.* §. *ult. Inst. de vulg.* substitutum in hac specie in partem admitti. Nam partis nomen, nisi quid aliud adjicitur, dimidiam significat. *L. nomen*, §. 1. *D. de verb. signific.* & ita Theophilus quoque locum interpretatur. Et rogo in re dubia, & voluntate ex æquo ad utrumque pertinente, quæ aliæ partes inter istos institui possunt, nisi æquales.

XVII. Legitur tamen alia Juliani partitio in hac specie in *d. L. si paterfamilias*, *de her. inst.* Vult enim is duos semisses hic fieri, ex quibus unus tantum inter dominum instituti, & substitutum ex æquis portionibus dividatur. Sed recte responsum hoc est a Juliano in ea specie, cui hæc divisio congruebat: cum scilicet & servus institutus esset, & una alius coheres datus Sempronius; qui idem servo, si heres non esset, erat substitutus. Bene vero in hoc casu respondetur, duos semisses fieri, ex quibus unus tantum inter dominum servi,&Sempronium dividatur: quia alter totus ad Sempronium coheredem jure institutionis pertinet.

XVIII. At huic interpretationi refragatur lectio vulgaris, item Pandectarum Florentinarum. Quæ ita habet in *d. L. si paterfamilias*, ut proponatur tantum servus heres institutus, Sempronius substitutus servo. Vitiosa vero hæc lectio est, & recte notata ab Alciato *Lib.* 1. *Dispunc. Cap. II.* Is autem scribit, se in veteri [8] exemplari ita legisse, *eique si heres*

8) Et Vacon. 6. *Decl.* 85. se in antiquissimo manuscripto hanc vocem deprehendisse. Et ita Duar. *h. t. C.* 10. *f.* 383. Govean. 1. *Var. lect.* 6. Hauth. *ad L.* 2. *h. t. n.* 90. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. progressu* §. 15. *n.* 16. Noster *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 3. idemque *in d. L.* 40. subaudit Hot. *in d.* §. *ult. I. h. t.* Tribonianum incusans quod Juliani Responsum detruncaverit. Sed Sempronium in *d. L.* 40. non fuisse scriptum coheredem constat. inde quod dicitur servus adjisse hereditatem, totam scilicet & ex verbis *potest dici* &c. Cujac. *in Not. d.* §. *ult.* & 1. *Obs.* 21. pro *alter semis*, reponit *as.* Tribonianum deceptum asserens, qui cum invenerit AS, & forte inter eas litteras punctum inciderit, putavit esse notam. Quod placet Vin. *in d.* §. *ultim. num.* 2. quia id contextus exigat. Dixit enim ICt.

res non esset, *Sempronium coheredem substituerit*. Sempronius coheres si fuit, res est expedita. Efficit enim eam speciem, & divisionem, quam dixi. Et vero ita legendum est, non tantum ratione, & jure certo id postulante; sed etiam prope cogentibus verbis extremis ejus responsi. Sic enim illic scribit Julianus in extremo: *igitur in hoc casu duo semisses fient*. Cur addidit, *in hoc casu*: nisi ut significaret, se eum casum proposuisse, cui conveniret hæc divisio; non idem autem esse in aliis casibus? Effectum est igitur, post aditam a primo herede hereditatem, cui substitutus quis erat, exspirare vulgarem substitutionem, sive liber institutus erit, sive servus. Et in servi quidem persona etiam in totum, si testator servum esse scivit. Sin putavit liberum, exspirare tantum in partem.

XIX. Quod tamen totum de adita hereditate sic accipiendum est, ut aditione exspiret substitutio, dum aditio duret. Diversum, si rescindatur. Rescissa perinde erit, quasi nulla intervenisset. Quamobrem nec repugnante superiore definitione 9 substituto locus erit. Id contingit in restitutione in integrum. Finge mino-

ICt. *semisses fient*: ex semissibus igitur ut partibus colligitur *as*, id est, totum, & Lex subsequens. 41. Sed Hotom. *d. loc.* neque A. fuisse notam pro alter, neque in re aperta credibile esse Tribanianum tam stupide acutum fuisse, ut repertam voculam AS, non retineret, vid. & Don. *ad L. 3. C. h. t. n. 4.* Sane ne textui, & Florentinæ lectioui, cum vulgari consentianti, vis inferatur, caveri, si potest, oportet. Quod autem Vigl. tentat *in d. §. ult. I. h. n. 6.* verba *alter semis* exponi posse; id est, uterque semis, quis Latinæ linguæ peritus admittet? Nec convenientior expositio Connani in. *Comm. 7. n. 5. alter semis dividitur*, id est cuique eorum datur alter semis. Nam loci, quos, seu similes, ex Tullio profert, plane dissimiles. Neque tamen illis accedo, qui verbis *d. L. 40.* religiose adhærere videri volentes, substituto quartam partem tribuunt. Non certe hæc media via, quam in dubiis inimus, si uni dodrans, alteri quadrans tribuitur. Medium enim est, quod æqualiter abest ab utroque extremo. Et unde hi demonstrabunt, alterum semissem integrum dari domino instituti. Certe dubium hoc relictum esset, nec ex *L. 40.* verbis liqueret utri semis ille alter adsignandus esset Levis erit, quam proferam, conjectanncula: proferam tamen, quia animus in illis, quæ retuli, res conquiescere non patitur. Dico itaque versiculum extremum, quo alter semis dividi dicitur, non exaudiri debere de casu quem initio L. Julianus tractat. Sed de eo, quo qui cum liber vere esset heres scriptus, in servitutem post redigitur. Ut autem quæ, & unde sit illa suspicio (olim non digniter nominum) constet, paucis *L. 40.* percurram, & quasi paraphrastice exponam. Initio igitur usque ad vers. *admitti* proponitur species, eadamque ibidem deciditur, (ut non necesse habuerit, nec debuerit etiam Julianus initio definitam speciem in fine decidere.) Titius servus a testatore pro libero habitus ex asse heres scriptus. Ei substitutus Sempronius. Titius jussu domini adit, eique acquirit. Substitutus, se admitti postulat, aditionem nullam esse contendens ejus, qui meris testamenti verbis innitens, voluntate testatoris destitutus, qui in statu, ac conditione personæ erraverit, eo proinde in persona ipsa cum servus alius homo in jure censeatur, & sic quasi substantia a libero differens *L. 98. §. ult. de vel.* Et quidem si aperte liqueret testatorem non aliter relicturum Titio hereditatem, quam si liber esset, extaret conditio substitutionis, ut habetur *in L. 3. C. de her. inst.* Quia autem hoc dubium an si scisset, servum esse, scripturus eum fuisset, ut recte hoc noster Don. hic, & Baro ad *§. ult. I. h. t.* considerant, ideo Sempronius in partem admittitur scilicet dimidiam, imo quartam, quod & nomen portio, & ratio mediæ viæ in dubiis ineundæ convincunt. Sequuntur duæ objectiones contra substitutum. Priori occurritur in vers. *nam qui scit*. Objicies hæc. At verba, *Si heres non erit*, interpretamur sic, si nec ipse erit, nec alium fecerit. Hic autem Titius alium, dominum suum, heredem fecit. Deficit itaque conditio substitutionis. Respondeo Juliani verba hæc esse quando testator scit, servum esse eum, quem instituit, non quando ignorat. Nam quando scit, novit, aut nosse debet, non aliter, manente conditione, servum heredem fieri posse, quam ut domino acquirat. Qui igitur vult antecedens, &c. quæ in ignorante locum non habent, qui non potuit cogitare de acquirenda hereditate ei domino instituti, quem nullum esse putarit. Sequitur in vers. *at qui enim*, alia objectio scilicet, si malis Instantia contra solutionem prioris. At qui liberum esse putavit Titium, videtur, substitutum ita locum fieri voluisse, si nec Titius sibi ipse acquirat, nec, mutata conditione, alium heredem fecerit. Respondeo, Juliano in vers. *Quæ adjectio*, *&c.* hæc nihil afficere. Imo argumentum retorquet ex verbis, *mutata conditione*. Hæc ita se habeant, esto, tamen hæc adjectio, *si alium heredem non fecerit mutata conditione*, non potest pertinere ad eum, qui ab initio, & semper servus fuit, quique conditionem non mutavit, sed ad eum, qui habitus est, & vere fuit liber cum institueretur pauca sui vendicione, aliove modo libertatem amisit. Numquid igitur substitutus hic plane excludetur? Non, inquit Julianus, sed *in hoc casu*, id est proxime relato, quo paterfamilias heres scriptus, ai substituto dato, postea in servitutem deductus, (non autem in superiori, quo servus heres scriptus pro patrefamilias habitus Is enim jam antea definitus erat, nec necesse decisionem repetere.) *semisses fient*, id est, si res sic temperanda, ut substitutus neque omnino nihil, neque etiam tantum quantum priore illo casu, sed dimidium ejus, id est quadrantem hereditatis consequatur. At unde hæc dissimilitudo, dices. Non enim magis hic testator, cognovit de bonis suis perveniendis ad dominum heredis futurum. Ratio hic Juliano forte notior, quam nobis *L. 20. de LL.* Inquiramus tamen. Qui putat esse liberum heredem scriptum, qui vere est, scire debuit venire posse, ut in servitutem redigatur. Quare quia in eum casum non aperte cavit, quid, si id contigerit, servari velit, censetur hæc ejus fuisse intentio, ut vel ipsum bona habere voluerit, manente conditione, vel, mutato ea, dominum ejusdem. Quis igitur in posteriore hoc casu eadem rationes contra substitutum, & alia præterea, nec tamen omnimodo certum, hanc fuisse ipsius mentem, ut, si sciset, eum in servilem conditionem redactum iri, institutus fuerit; maxime cum hujusmodi tristes, & acerbi casus expectandi non sint *L. 83. §. 5. de V. O.* sectatur Julianus hic medium medii, ut non dimidiam, ceu priore casu, sed quartam hereditatis habeat substitutus. Et certe non video, qui alius sensus vers. *quæ adjectio d. L. 40.* affingi possit, & quomodo omnino is explicari queat, ut non sit a proposito maxime alienus, imo repugnans. Taceo quod vocula, *igitur* arguat decisionem Juliani ex præcedentibus inferri. Nisi autem sic interpreteris, nihil videtur in prioribus, quod pro substituto faceret. Sic autem commode infertur. Quia hæc adjectio, si mutata conditione, alium heredem non fecerit, pertinet ad eos, qui patresfamilias heredes scripti, postea servi effecti, non autem ad eos, qui tempore institutionis servi. Igitur in hoc casu, quo plures rationes contra substitutum, plus domino, minus substituto, quam in superiori tribuetur. Atque hæc mea suspicio est, e qua post hæc scripta comperi non longe abludere superiorem expositionem, Marci Lyclama a Nychol. *Lib. 5. Membranar. eclog.* 15. Nam & is in vers. *quæ adjectio*, transitum faciens ad alium casum scribit, & duos semisses fieri non in casu a principio deciso, neque in altero vers. *nam qui scit*, sed postremo, ratione tamen allata, quam minus convenire puto, quia cum tempore facti testamenti, cum instituto testamenti factio, respectu ejus temporis semissem percipiat dominus; cumque mortis tempore, vel aditionis mutarit conditionem, ex æquitate substitutum in alterum semissem concurrere.

9) Consentit A. Fab. 3. Conject. 6. quia contra testatoris voluntatem est, aditam hereditatem interpretari, quæ est pro non adita. Restitutio enim facit, ut perinde ac si non adiisset. Et licet heres maneat: tamen nodo nomine, de quo testator non sensit, verum de eo, qui sit cum effectu, &c. Sed dissentit Goveau. 2. *Var. lect.* 13. &

Duar.

Digitized by Google

minorem viginti quinque annis, cum testameoto institutus essct, eique, si heres uon esset, substitutus datus, hereditatem adiisse, aut cum suus esset, se hereditati immiscuisse, quod pro aditione valet, ut non possit se abstinere. *L. necessariis, D. de acq. her.* Si is postca impetret restitutionem, ut sibi repudiare, aut se abstinere ab hereditate liceat, res eo redit, quasi prius heres non exstitisset, & locus fit substituto. *L. ait, §. sed quod Papinianus; D. de mino.* Idem ergo multo magis probandum erit, si quis suus ipso jure heres exstiterit: deinde, beneficio prætoris usus, se abstinuerit hereditate, ut hæc potestas suis, & necessariis heredibus tribuitur. *d. L. necessariis, de acq. her.* Abstentione hoc consequitur filius jure prætorio, quod consequitur extraneus, etiam qoi ab initio repudiavit. *L. pro herede, §. pen. D. de acq. her.*

XX. Ut primo herede exsistente, quod fit in exstraneis heredibus hereditate adita, exspirat substitutio: ita eo non exsistente conditio locum facit substitutioni. Hæc enim erat conditio, si primus heres non erit.

XXI. Intelligitur primus heres non exstitisse, non simulatque potuit exsistere adeundo, & non exstitit. Quandiu enim insitutus suo jure admitti potest, substituto non est locos. *L. quandiu institutus, D. de acq. her.* sed tunc, cum certum esse cœpit, primum heredem esse non posse.

XXII. Id certum esse incipit, cum primus [10] vel heres esse noluit, vel casu non potuit. Sic enim explicatur hujus substitutionis conditio in *L. cum proponas, C. de her. inst.*

XXIII. Non potest tunc, cum aut vivo testatore, aut post mortem ejus ante quam hereditatem adiret, decedit, aut cnoditione, sub qua institutus erat, deficitur. *§. 1. Inst. quib. mod. test. inf.*

XXIV. Non vult heres esse extraneus repudiando: atque hoc modo sola voluntate hereditas illi amittitur. *§. pen. Inst. de her. qual. & diff.* & hinc locus substituto *L. 3. C. de imp. & al. subst.* Idem consequitur suus heres [11] abstinendo hereditate. *L. necessariis, D. de acq. her.* Unde & similiter substitutioni locus. *L. ait, §. sed quod Papinianus, de min. L. 2. §. interdum, D. de vulg.* Qoidni? nam & idem futurum est in quovis extraneo herede, qui cum hereditatem adiisset, beneficio ætatis consecutos est, ut sibi repudiare eam liceret. *L. ex contractu, D. de re jud.*

XXV. Hoc loco quæsitum est, num idem probaodum sit in filiofamilias herede instituto, cui substitutus datus erat, si forte recuset filius adire hereditatem jubente patre. Nam & posse filium id facere, intelligimus exemplo servi heredis instituti; cui etiam licet, jubente domino, non adire. *d. L. cum proponas, C. de her. inst.* & licere filio hereditatem ita recusare, ut in posterum non teneatur oneribus hereditariis, diserte cautum est a Justiniano in *L. ult. §. 1. C. de bo. quæ. lib.* Quod si ita est, illo recusaote, & re-

Duar. *ad h. t. C.* 10. putant, tum demum, rescisse sic aditione, locum esse substituto, si & non solvendo hereditas, & necessarius servus institutos. Vid. & Fachin. 4. *Contr.* 73. & Trentacinq. *Par.* 1 *C.* 18. Est & alia exceptio, nisi qui adiit, per contumaciam parere renuat jussui testatoris. Tunc enim ei adimitur hereditas, & pervenit ad substitutum *Novell.* 1. *Cap.* 1. §. 2. Duar. *d. Cap.* 10. *f.* 384. Sed id non tam jure substitutionis, quam Justinianææ constitutionis beneficio Cujac. *in d. Nov. 1.* Quid si hereditas instituto auferatur ut indigno, num fiscus, an substitutus potior? Respondet Fiscus *L.* 15. *pr. de Senatuscons. Sillan.* Quod tamen Duaren. *d. Cap.* 10. *f.* 379. accipit quando institutus jam adiit, & per aditionem substitutum exclusit. Ratio hoc suadet. Nam, si non volt adire institutus, forte quia non tanti putat hereditatem, ut ejus caussa se liti implicet, non est pœna dignus. Nam qui adiit, jurere debet, an ulturum necem defuncti, &c. vid. & P. Gregor 42 *Synt.* 14. *num.* 2. Duaren. *h.* 1. *Cap.* 10. *f.* 379. Trentacinq. *de Substitut. Par.* 1. *Cap.* 8 rationibus utrinque relatis, sic distinguit *n.* 7. & 8. Aut indignus etiam incapax est. Et substitutus præfertur, quia exstitit conditio. *Si heres non erit.* Non enim potest heres esse (sed hic casus nihil dubii habet, & non convenit quæstioni) aut capax. Et si adiit, quia exspiravit substitutio, fiscus potior *d. Leg.* 15. *ad SC. Syllan.* Si vero nondum adiit, conditio exstitit, nam non vult heres esse, & substituto locus. Nec censetur repudiasse in fraudem fisci per *Tex. Leg.* 26. *D. de jure fisci.* Quod tamen in casu, quo repudiatione fraus fisco fieri potest, non admittendum putarem per *L.* 45. *pr. de I. fisci.* Nam in *d. L.* 26. casus est specialis, pro vere scriptum est. Et ratio, quia pater, invito filio, si is noluisset adire, non quæsivisset hereditatem, (tempore Ulpiani *ante l. ultim. Cod. de bon. quæ lib.*) Non autem verosimile est, aditurum filium, ut patri acquirat hereditatem, quam retenturus non sit, ut recte Gilh. *Reg. I. Enant.* 14. licet aliter, & intricate *Cujac.* 8. *Observ.* 9. aliter Fac. 7. *Quæst.* 75.

10) Comprehendit Vulgaris casum deficientis voluntatis, & potestatis: seu ut loquuntur, impotentiæ, & voluntatis Mantic. *ad L. 3. Cod. h. tit. num.* 21. Trentacinq. *Par.* 1. *Cap.* 1. *n.* 21. & *seqq.* ubi quærit, an facta in unum casum *si noluerit*, extendatur in eum, *si non potuerit*, quod affirmat *n.* 3. post Connan. 10. *Comm.* 7. n. 3. etsi coheredem habeat is, cui substitutus datus: vid. & Joan. Dauth. *ad L.* 1. *hoc tit. n.* 82. & *seqq.* & Gomez. 1. *Var. resol.* 3. n. 10. *ubi in invent.* Soares. *lit.* F.

11) Consentit. Cujac. 12. *Observ.* 20. Dauth. *ad L.* 1. *hoc. tit. n.* 34. A Faber. 3. *Coniect.* 4. Quanquam hic non tam sustinetur substitutio, quæ sui exsistentia exstincta, quam convalescit: non ipso jure, sed datis utilibus actionibus *d. L.* 2. §. 3. *h.* Nec obstat quod abstentione heres esse non desinit. Nam & qui aditione heres effectus, semper manet, & tamen, ea rescissa, vocatur substitutus. Dissentit Duaren. *hoc tit. Cap.* 10. non aliter substitutum admittens, quam si bona non solvendo. Et de hujusmodi specie intelligit *d. L.* 44. Nam inquit, si hereditas solvendo, boni tutoris non fuit, pupillum abstinere. Vid. & Connan. 10. *Comm.* 7. n. 7. & 8.

Digitized by Google

& repudiente, [22] exsistit conditio substitutionis. Verum est enim eum, cui substitutus datus erat, heredem non esse. Quo fit, ut quod alibi de instituto omittente generaliter dicitur, hic quoque locum habeat, ut filiofamilias ita hereditatem recusante, locus fiat substituto. *d. L.* 3. *C. de imp. & al. subst.* Rursum alio vocare videtur eadem illa constitutio Justiniani *L. ult.* §. 1. *C. de bo. quæ lib.* quæ concedit patri adire sibi hereditatem, quam filius recusaverit adire. Quod si in hac quoque specie recipimus, substitutus hoc casu excludetur, admisso patre: & quæ diximus de repudiatione primi heredis instituti, deque conditione substitutionis exsistente, subvertentur. Et verius est hoc casu, substituto locum esse: nec patrem admitti ex constitutione Justiniani. Hoc quidem certo efficit conditio substitutionis, *Si ille heres non erit.* Quæ in quovis herede, cui substitutus ista conditione datus est, hoc significat, si neque ille heres erit, neque ipse alium heredem fecerit. *L. si paterfamilias*, *D. de her. inst.* Atqui horum utrumque accidit in proposito, cum filiusfamilias primus heres institutus recusat adire hereditatem. Nam primum eum heredem non esse, ac ne esse quidem posse constat. Quod etiam diserte scribitur in *d. L. ult.* §. 1. *C. de bo. quæ lib.* ubi hereditaria omnia onera ab eo removentur. Tum autem nec patrem dici potest heredem facere, etsi concederemus, hereditatem ad patrem pertinere: quod tunc fieret, cum nemo huic filio esset substitutus; quam enim hereditatem nunquam acquisiit filius, eam alii adjicere non potest. Sed nec jus adeundi, quod repudiando, & a se repellendo amisit, *L. nemo plus*, *D. de reg. jur.*

XXVI. Nec ad rem pertinet, quod pater, recusante filiofamilias, hereditatem adire potest, ubi nemo est filio substitutus. Hoc enim consequitur pater per occasionem quidem repudiationis filii: attamen beneficio legis, quæ, repudiante filio, patrem admittit: non autem per filium, qui, ut dixi, repudiendo jus omne adeundi amisit. Nam & repudiantibus scriptis heredibus redit hereditas ad legitimos. Neque tamen ideo quisquam dicit eos, qui scripti erant, fecere heredes legitimos. Hoc enim legitimi consequuntur per legem, ut sint heredes; non quia per scriptos quidquam acceperint, qui ipsi ab omni acquisitione hereditatis voluntate sua sunt remoti.

XXVII. Non obstat lex Justiniani, quæ vult, recusante filiofamilias, licere patri hereditatem adire. Hoc enim sic intelligendum est, nisi filiusfamilias in eam hereditatem habeat substitutum: quoniam in testamentis voluntas testatoris totum facit. *L. ex facto*, §. *rerum*, *D. de her. inst.* ut constet nec filiumfamilias heredem institutum, & multo minus patrem, qui institutus non est, admitti posse ex testamento contra testatoris voluntatem. Jam vero substituto dato in hunc casum, si filius heres non erit, substitutus aperte vocatur ex voluntate testatoris in hunc casum, si filius nec ipse heres erit, nec alium heredem fecerit. Quorum utrumque cum, illo repudiante, accidere diximus, non dubium, quin ex manifesta voluntate testatoris admitti debeat substitutus. Et generaliter probandum est, cum dicimus aut totam hereditatem, aut partem ad aliquem pertinere jure, hoc sic accipiendum esse, nisi is heres in eam hereditatem aut partem habeat substitutum. *L. cum heres*, §. 1. *D. de acquir. her.* Ita ratum est illud in universum, omittente, & repudiante hereditatem, aut aliter excluso ab hereditate substituto, locum substituto fieri, ut est constitutum in *L.* 3. *C. de imp. & al subst.* nec interesse, utrum paterfamilias institutus sit, an filiusfamilias, ut paulo ante effectum est. Quod tamen sic accipiemus, ut de aditione supra diximus, si duret repudiatio. Alioqui si quis, semel repudiata hereditate, restituatur, ut sibi adire liceat, perinde erit, quasi nec repudiasset, & recipiet hereditatem: quod concessum est mino–

22) Dissent. Coras. *ad l.* 5. *C. h. t. n.* 21. Duaren. *h. t.* C. 10. 1. Quia pater admittitur, perinde ac si esset institutus *d. L. ultim.* §. 1. Si autem esset institutus, excluderet substitutum. 2. *per L.* 40. *de hered. inst.* Ibi: *neque alium fecerit.* 3. Quia habetur eadem persona cum filio *L. ultim. Cod. hoc ti.* Objicies. At substitutus vocatur voluntate expressa: pater a lege. Ergo per *L. ultim. C. de nec. ser. hered. instit.* Respondet Duar. immo & pater ex voluntate testantis, qui filium instituens, videtur patrem instituisse, cui scivit acquiri per aditionem filii *d. L.* 40. Sed nostro assentitur Gavean. *ad rub. D. h. t. n.* 22. Connan. 10. *Comm.* 7. n. 3. P. Greg. 42. *Synt.* 16 *n.* 3. *per L.* 8. §. 1. *D. h. t.* ubi pater negatur ex iudicio venire. Quod licet Duaren. sic interpretetur, ne mutata conditione, admittatur ad substitutionem pupilli Ut si filiusfamilias, qui testatoris heres, & pupillo substitutus, ante mortem impuberis fiat paterfamilias, ne a patre in successione impuberis excludatur, vix tamen est ut expositio hæc conveniat, & Fachin. 4. *Controv.* 63. Aug. Matthæus. *Epit. legat. Lib.* 1. C. 7. n. 25. Dauth. *ad L.* 1. *h. t. n.* 125. & 2. *seqq.* Trentacinq. *de Substitut. Par.* 1. *Cap.* 6. hinc inde *disputat*, & n. 10. dicit, disputando utramque sententiam defendi posse: sed hanc præfert, maxime quia conditio *Si heres non erit*, debeat in persona filii impleri. Implementum enim istius conditionis, aditio est facti. Exempl. *per L.* 44. *pr. de cond. & dem.* Et in his quæ facti sunt, fictio unionis cessat. Quid si monacus repudiet, an monasterium potius substituto? Vid. Trentacinq. *Par.* 1. C. 7. Dauth. *ad L.* 1. *hoc tit.* n. 128. & 2. *seqq.* A. Fab. 26. *de Error. Pragm.* 7.

minoribus. *L. ait.* §. *sed quo Papinianus*, *D. de mi.*

XXVIII. Ut intelligitur, non exstitisse heres, qui esse noluit repudiando; ita nec is, quem certum esse cœpit casu heredem esse non posse. Quorum utrumque propterea substituto locum facere diximus, exsiatente nimirum substitutionis conditione, quæ hæc fuit, si primus heres non erit. Non potest primus heres esse, qui natura, aut jure impeditur, quominus adeat hereditatem.

XXIX. Id natura contingit heredi instituto, qui, vivo testatore decessit. §. *posteriore*, *Inst. qui. mod. test inf.* non enim potuit adire viventis hereditatem, quæ nulla erat. *L.* 1. *D. de her. vel act. ven.* ut hic casus citra controversiam admittat substitutum.

XXX. Idem accidit, & mortuo testatore, ei heredi, qui sub conditione institutus erat, si conditio defecit. *d.* §. *posteriore*, *Inst. qui. mo. test. inf.* Unde placuit & hoc ipsum locum facere substituto. *L.* 2. *C. de inst. & subst.*

XXXI. Idem jure ei heredi, cui, cum, mortuo testatore, pure delata esset hereditas, decessit ante aditam hereditatem *d.* §. *posteriore.* Sic enim nec [13] ipse deinceps heres per se fieri potest, qui esse desiit, nec in persona heredum suorum, quoniam hereditas non adita jure non transmittitur. *L. unica.* §. *in novissimo*, *C. de cad. tol.* Præterquam a liberis institutis ad ipsorum liberos. *L. unica*, *C. de his qui ante ap. tab.* Ab extraneis ad quoscumque heredes, si instituti intra annum ad deliberandum concessum decesserint. *L. cum antiquioribus*, *C. de jur. del.*

XXXII. Sed quoniam in his saltem dicimus, jus adeundi transmitti; quæsitum hoc loco est, si quis ex his decesserit, qui transmittunt, cui eidem substitutus datus sit, utri deferatur hereditas substitutione ex substitutione, quia hujus conditio exstiterit: an defuncti heredi, quia placeat ad hunc decedentem hereditatem transmitti. Illo vocat conditio substitutionis: huc jus de transmittenda hereditate constitutum. Et si nihil esset in voluntate testatoris, cur hereditas pertineat ad instituti heredes, omnino ad substitutum spectare diceremus; quoniam ex testamento is solus est heres, quem testator voluit, *L.* 9. *in pr. D. de her. inst.* Quod multo citius dicendum est, si, quem voluit, eum etiam aperte scripsit heredem. Sed in instituti heredis heredibus, ad quos jus adeundi transmitti placet; puto verum esse, quod & vulgo magis receptum est, etiam his heredibus ex voluntate testatoris fieri potestatem adeundi hereditatem, quæ instituto delata erat: atque his adeuntibus, substitutum excludi. Hoc enim convenit inter omnes, conditionem hanc substitutionis, si institutus heres non erit, hoc significare, si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit. *d. L. si paterfamilias*, *de her. inst.* Jam hoc recte assumitur, eum, qui, hereditate non adita, jus adeundi ad heredes transmittit, ipsum quidem heredem non esse, sed tamen moriendo alium heredem facere: quia quod jus habuit, nec repudiavit, sed voluntate sua servavit integrum, & ad heredes suos transire voluit, etiam re ipsa tranatulit. Aliter atque in filiofamilias fieri diximus, qui jus quod recusando amisit, non potuit in patrem transferre, ac nec patri acquirere.

XXXIII. Cum constabit ex hac substitutione deferri hereditatem substituto; reliquum erit, si forte plures substituti erunt, qui se admitti velint, hic quæratur de partibus, quas placeat inter eos ex substitutione servari. Quod quærendum non erat, si, pluribus in unius locum substitutis, idem hic servaretur de partibus, quod tunc, cum plures heredes primo loco sunt instituti. Sed hic una in specie dissimile jus est. Quæ ideo hoc loco admonitione indiguit. Cum plures sunt instituti heredes, si quidem testator certas partes cuique adscripsit, hæ servantur, sive pares sint, sive dispares. Sin instituit sine partibus, omnes ex æquis sunt heredes. *L. quoties*, §. *heredes*, *D. de her. inst.* Servatur prius sine controversia, & inter plures substitutus. Servatur & posterius, si ii, qui substituti sunt, nec prius instituti fuerint, ut accidit in iis, qui primo loco instituuntur. At si pluribus heredibus institutis, aut invicem ipsi, aut plures ex his uni alicui substituti sint: placet, quibus ex partibus prius instituti erant, ex iisdem [14] & substitutos videri. Ut si fuerint ex æquo instituti, sint & substituti ex æquis partibus: sin fuerint instituti ex disparibus partibus, easdem partes & ex substitutione accipiant. Neque enim verisimile est, testatorem pluris eos fecisse in substitutione, quam in institutione; in qua illis majorem honorem habuit. §.

etsi

13) Vid. Duar. *hoc tit.* Cap. 10 *f.* 380 Fachinæ. 4. Contro. 61.

14) Eodem modo præsumuntur dilecti in substitutione, quo in institutione Gabr. Degast. *ad L.* 1. *C. h.* Coras. *ibid.* n. 6.

etsi inst. de vulg. L. 1. C. de imp. L. 5. L. si pater, 9. L. si plures, 24. D. de vulg. L. quoties, D. ad Treb. Res declaratur apposito exemplo in *d. L. si plures, de vulg.* Adjicitur in *d. L. 5. de vulg.* ita quemque pro qua parte heres exstitisset, pro ea parte in portione quoque deficientis vocari: ut, nihil interait, jure institutionis quisque ex majore parte heres factus esset, an per legem alteram partem alicujus vindicasset. Ubi *lex altera*, accipienda est lex de jure accrescendi: qua fit, ut qui ex aliqua parte heres exstitit, deficientium coheredum partes etiam invitus accipiat. *L. qui ex duabus, §. 1. D. de acquir. her.* & quidem solus, si quibusdam conjunctim, aliis separatim institutis in eamdem partem cum deficiente conjunctus fuerit. *L. unica, §. sin vero quidem, C. de cad. tol.* Quo significatur, in hac distributione partium, heredem institutum ex ea parte heredem factum videri, non solum quam habeat jure institutionis, sed etiam quam habeat jure accrescendi, ut eamdem quoque ex substitutione accipere debeat.

XXXIV. Sic tamen in substitutis jus superius est de disparibus partibus, si sub appellatione heredum substituti sint, ut diceret testator *eosque invicem substituo*: vel *si Titius heres non erit, coheredes ejus heredes sunto*; vel *quisquis mihi heres erit, is in parte Titii deficientis mihi heres esto.* d. L. 5. si pater, *de vulg.* Quod si nominibus propriis expressi quidam substituti sint, placet personarum enumerationem hunc effectum habere, ut, [15] viriles quoque partes inter eos factæ videantur. *arg. in L. nonnunquam, D. ad Treb. L. si heredes, 124. D. de leg. 1.*

15) Vid. Duaren. *hoc tit. Cap. 25. §. ultim.* Coras. *ad L. 1. Cod. hoc tit. n. 7. & seqq.* Vult. *in §. etsi, 2. Inst. hoc tit. n. 2.* Mansin. *in Leg. 1. Cod. hoc. n. 95. et seqq.*

CAP. XXV.

De pupillari substitutione. Primum hic quæstionem esse de substituendi hoc modo potestate. De hac potestate summam juris esse hanc: permissam esse hanc substitutionem solum parentibus, & id certis cautionibus. Cautiones positas partim in persona liberorum, quibus fit substitutio; partim in conditione hujus substitutionis propria; partim in solemnibus externis. Jus quod sit de singulis. Ex his nomina nata hujus institutionis: ut diceretur substitutio, & ea pupillaris; testamentum pupilli: tabulæ pupillares; secundæ tabulæ; hac substitutione posita duo hic haberi testamenta, paternum & pupillare; & rursum pro commodo substitutionis unum testamentum patris, cujus pars, & sequela sit pupillare; inde dictum id paternum duplex: & quam hæc rationem habeant.

Eadem in pupillari substitutione ac in vulgari, omnique institutione spectanda: potestas substituendi; substituentis voluntas. I.

Potestas quid faciat. II.

Quid voluntas. III.

In potestate duo spectanda: quid jus quibus concedat; & quibus conditionibus. IV.

Concedi parentibus heredem liberis impuberibus dare. V.

Utrum hoc sit testamentum impuberi facere. VI.

Quid in hac re Arrogatori permissum. VII.

Conditionum quædam in persona liberorum positæ; quædam in conditione propria hujus substitutionis; quædam in solemnibus externis. VIII.

In persona liberorum hæc: ut sint impuberes; in potestate patris; postve ejus mortem sui juris futuri. Liberi quinam. IX.

Permitti parentibus substituere liberis tam institutis, quam exheredatis. X.

Non tamen matri, nec patri filio emancipato, aut puberi quamvis in potestate. Extraneo heredi substitui non posse in secundum casum, præter quam a milite ex privilegio. XI.

Ut substitutio valeat impuberis, esse debere in potestate parentis tempore testamenti conditi, & mortis patris. XII.

Inter-

Interpretum error in hac re reprehenditur. XIII.

Cur nepotibus impuberibus in potestatem sui patris recasuris substituere Avo non liceat. XIV.

Hujus substitutionis propriam conditionem, si liberi instituantur, hanc esse, si heredes extiterint, & impuberes decesserint; sin exheredentur, conditionis hujus posteriorem partem. Masculis usque ad XIV. annos, fœminis usque ad XII. posse substitui. Hac ætate excessa a patre, substitutionem, si facta verbis directis, seu civilibus, expirare pubertate; secus si fideicommissariis. Quo tempore hæc non civilia dici, & valere cœperint. Quæ civilia, quæ fideicommissaria. XV.

Substitutionem directo filio factam post pubertatem valere ex causa fideicommissi XVI.

Quid si pater intra minorem ætatem substitutionem incluserit. XVII.

Solemne hujus substitutionis unum, ut prius statuatur testamentum patris, cujus hæc substitutio pars, & sequela. XVIII.

In facto externo patris tria desiderari. XIX.

Ut testamentum sibi faciat. XX.

Ut heredem in eo prius sibi instituat. XXI.

Non licere, impubere exheredato, convertere ordinem scripturæ. Declaratur locus Ulpiani in L. 2. §. prius *D. de vulg.* XXII.

Tertio requiri, patris testamentum extitum habere. Olim, eo vel rupto, vel inofficioso pronuntiato, nec bonorum possessione contra tabulas petita, substitutionem corruisse. Hodie non item; & quid Justinianus immutarit. XXIII. XXIV.

Ne corruat, desiderari aditionem in extraneis heredibus; secus in suis. XXIV.

Interdum non corruere etiam post repudiationem instituti, si is in integrum restituatur; aut ex causa fideicommissi cogatur adire. XXV.

Item si vel omissa causa testamenti possederit ab intestato, vel contra tabulas bonorum possessionem petierit. XXVI.

Cur hæc dicatur substitutio; cur testamentum pupilli, vel tabulæ pupillares, vel etiam secundæ tabulæ. XXVII.

Cur cum in hac substitutione duo sint testamenta unum patris, alterum filii, tamen dicatur unum esse testamentum: idque rursum duplex. XXVIII.

Hæc intelligi non tam ad rationem verborum explicandam, quam ad certos juris effectus utile; & quales. XXIX.

I. QUod in vulgari substitutione, omnique adeo institutione, hoc idem & in pupillari faciendum est, ut ad deferendam inde hereditatem duo hæc spectentur, potestas substituendi, & substituentis voluntas.

II. Potestas facit, ut substitutio pro ea potestate facta valeat.

III. Voluntas, ut sit substitutio, & ut voluit testator, ita hereditas inde deferatur.

IV. In primis potestas substituentis spectanda; sine qua frustra est omnis institutio, & substitutio. Diximus quidem supra, permissam esse etiam pupillarem substitutionem parentibus, sed non passim, neque ut libet. Videndum igitur quatenus. Quod pluribus rebus continetur: de quibus peculiariter in hoc genere cognoscendum fuit. Continet hæc potestas duo summa, quæ ideo in ea potestate spectanda sint. Est enim quiddam, quod parentibus proprie hic tribuatur: est & id ejusmodi, ut tribuatur certis conditionibus: ut proinde recte atque ordine ad hujus potestatis cognitionem quæratur, & quodnam illud sit, quod conceditur: & quæ sint in eo cautiones.

V. Et quod de re concessa initio diligenter notandum sit, conceditur parentibus in hac substitutione liberis impuberibus testamentum facere, ut est in *L. 2. in princ. D. de vulg.* Id hanc significationem habet, licere parentibus substituere, seu dare heredem liberis impuberibus; id est, eum heredem, qui substitutus impuberi, sit impuberis heres, non patris: succedens in omnia bona impuberis, non ea tantum, quæ impubes ex institutione, aut alio modo a patre accepit; sed etiam quæ illi obvenerint aliunde vel vivo patre, vel mortuo. Hoc quidem modo substitui heredem impuberi in substitutione pupillari, & in hæc bona vocari substitutum, diserte scriptum est in *L. sed. si plures*, §. *ad substitutos*, *D. de vulg.* §. *non solum*, *Inst. de pup. sub.* Sed & genus substitutionis indicat. Conceditur enim substituere impuberibus etiam exheredatis. §. *non solum*, *Inst. de pup. d. L. sed si plures*. §. *ad substitutos.* Ubi certe dici non potest, pater substituere bonis suis, qui bona sua non reliquit filio. Sed & permittitur substituere heredem liberis heredibus institutis, verum hac con-

conditione, si instituti beredes erunt. *Inst. de pup. sub.* Unde satis intelligitur patrem, ne tum quidem substituere bonis suis, cum substituat in eum casum, quo bona jam esse cœperint impuberis. Est igitur hoc quidam certum, in substitutione pupillari hoc permitti parenti, ut beredem faciat impuberi, qui succedat in bona impuberis non secus, quam si ab ipso impubere, & ejus testamento recte esset institutus.

VI. Sed an hoc ipsum sit testamentum facere impuberi, dubitari potest. Hoc vero recte ita dicitur, planeque eam significationem habet, quam dixi. Nam si testamentum non alia re stat, quam heredis institutione, & idem sola hac perficitur: §. *ante. Inst. de leg. L. 1. §. qui neque, D. de her. inst.* necesse est, testamentum videri ejus, cui heres in eo instituitur. At in substitutione pupillari heres pupillo instituitur, non patri. Quare hæc ipsa institutio, seu substitutio est, & recte dicitur testamentum impuberis: & qui hanc facit, recte dicitur testamentum impuberi facere. Unde in usu juris hæ appellationes natæ, ut substitutio pupillaris passim dicatur *testamentum impuberis, tabulæ pupillares*, & quia secundo loco fit, *secundæ tabulæ*. *L. 2. §. quisquis*, §. *interdum*, *L. sed si plures*, §. *si ex asse*, *L. si filius*, & passim. *D. de vulg.*

VII. Illud in arrogato impubere [1] solum conceditur patri arrogatori, ut possit substituere haredem bonis impuberis iis, quæ aut arrogator ei dedit, aut ex bonis ejus profecta sunt, aut profecta aliunde beneficio, & contemplatione arrogatoris; dum, puta, arrogatoris amicus, aut cognatus ei aliquid reliquit. Iis autem bonis substituere non licet, quæ haberet impubes, si arrogatus non asset. *L. sed si plures*, §. *in arrogato*, *D. de vulg.* Quippe hac conditione fit arrogatio, ut caveat arrogator, se, si impubes decesserit, restituturum ea, quæ ex bonis impuberis consecutus fuerit, illis, ad quos res perventura esset, si arrogatus permansisset in suo statu. *L. non aliter*, & *2. seqq. D. de adop.*

VIII. Quidquid autem hic permittitur parenti, permittitur certis conditionibus; quæ & ipsæ spectandæ sunt. Earum quædam positæ sunt in persona liberorum, quibus fit substitutio; quædam in conditione hujus substitutionis propria; quædam in solemnibus externis.

IX. Personæ certæ, quibus licet hoc modo substituere. De quibus ita jus est, posse parentes testamentum facere, seu heredem substituere ita, uti supra scriptum est, liberis quidem, sed liberis impuberibus, quos in potestate habent, qui iidem, mortuo testatore, sui juris futuri sunt, nec in alterius potestatem recasuri. Summa propemodum comprehensa in *L. 2. in princ. D. de vulg.* Valet hæc circumscriptio personarum duas ad res. Unam, ut si hæc concurrent, nihil requiratur ad potestatam substituendi liberis. Alteram e converso, ut si quid desit, nulla sit substitutio. Primum sciamus tantum hæc esse, quæ desiderentur in personis liberorum; ac si concurrent, tantum licere patri, quantum verba aut concedant, aut non denegent. Ideo quid concedant, considerandum. Atque hinc sunt illa. Permittitur generaliter substituere liberis. Liberis ergo sine discrimine sexus. Proinde hoc verbo & masculo, & fœminæ substituere licebit. §. *penul. Inst. de pup. subst. dict. L. 2. de vulg.* Liberis sine discrimine nascendi. Licebit igitur & postumis, ac non tantum jam natis eodem modo substituere. §. *quæcumque*, *Inst. de pup.* dict. *L. 2. in princ.* Liberis item sine discrimine gradus. Unde intelligimus non tantum filiis hoc modo substituere licere, sed & nepotibus, & deinceps reliquis descendentibus impuberibus. *L. 2. in prin. D. de vulg.* omnes enim hi liberorum appellatione continentur. *L. liberorum*, *D. de verbor. signific.* Postremo si jure civili liberi fiunt adoptione, ut fiunt, *L. 1. D. de adop.* etiam hoc verbo intelligimus, & arrogato impuberi, & ei, qui a parente naturali adoptatus est, eodem modo substituendi jus esse. *L. sed si plures*, §. *in arrogato*, *D. de vulg.*

X. Sed & illud observandum, quod permittitur simpliciter substituere liberis, nec adjicitur institutis. Hnc eo pertinet, ut intelligatur, licere hoc modo substituere liberis, non tantum institutis, sed etiam [2] exheredatis. Et quidem exheredatis etiam substituere licere jus certum est. *L. 1. §. 1. L. sed si plures*. §. *ad substitutos*, *D. de vulg.* §. *non solum*, *Inst. de pup.* sed cujus ratio non item sit expedita.

1) Cur sic vocentur vid. not. Goth. *ad L. 11. D. Testam. quemad. aper.* quæ sunt ex Briss. 3. *Antiq.* 11.
2) Testamentum hoc quomodo unum, & non unum vid. Trentacinq. *Par.* 2. *C.* 3. n. 3 Vacon 4. *Decl.* 65. n. 7. Unum esse si respicimus causam efficientem, & formam: duo, si materiam, quia duæ sunt hereditates, & finem.

ta. Nam & hoc item jus non minus certum, quam æquum est, ab eo, cui nihil dedimus, nihil legari aut relinqui posse. *L.* 6. *D. de legat.* 3. *L. ab eo*, *C. de fid.* quanto minus licere debet ab exheredato, cui etiam hereditatem, quæ ipsius futura erat, adimimus? *L. in suis*, *D. de lib. & post.* Et vero multo minus ab eo licet. Usque adeo, ut nec liceat ab exheredati substituto, tametsi huic substituto ex substitutione pupilli hereditatem dedimus. *L. cum quidam*, *C. de leg.* Sed aliud est ab exheredato legare, aut quid relinquere; aliud ei heredem substituere. Qui legat ab aliquo, ei detrahit, quod alteri adjiciatur, ut est legati definitio in *L. legatum*, *in princ. D. de legat.* 1. Qui substituit impuberi exheredato, ei adjicit. Dat enim ei heredem, quæ, ut re dissimilia sunt, ita utilitate, & effectu aperte distinguuntur. Nam legari ab aliquo, est ei, a quo relinquitur, inutile, vel potius damnosum. Heredem dare exheredato impuberi [3] utile, ut habeat sibi, & personæ suæ idoneum successorem. Unde dictum est, eos qui impugnant substitutionem pupillarem, impugnare utilitatem impuberis. *L. Julianus*, *D. de acq. her.* Atque hæc ex eo, quod aut continentur ista superiore circumscriptione, aut non denegantur.

XI. Sed, ut si concurrent superiora, nihil requirimus amplius: ita si quid eorum desit, frustra est substitutio. Conceditur hoc genere substitutionis substituere liberis. Hoc valet extraneo heredi ita substituere non licere, si heres erit, & intra certum tempus decesserit. *§. ultim. Inst. de pupil.* præterquam si miles ita substituet: cui licet ex privilegio militum. *L. centurio*, *D. de vulg.* Conceditur substituere liberis impuberibus. Hoc eam vim habet, ut non liceat filio puberi, quantumvis in potestate constituto. *dict. §. ultim. Inst. de pup.* Utrumque ideo, quod impubes quamvis sui juris, testamentum facere non potest. *§. præterea*, *Inst. quib. non est per fac. testamen.* puberes possunt. *L. qua ætate. D. qui testam. fac. pos.* Recte comparatum est, ut qui liberi, per ætatem sibi testamantum facere non possunt, iis parentes faciant. *Inst. de pup. subst. in princ.* Qui autem possunt, iniquum est iis [4] testamenti factionem auferri, alio herede, quem nolint, his dato. *L. ex facto.* 1. *resp. D. de vulg. & pup.* Licet substituere impuberibus, quos parens in potestate habet. Et hoc eo pertinet, ut neque [5] mater, hoc modo substituere possit filio impuberi, nec pater [6] emancipato; quoniam hi non sunt in superiorum potestate. *L.* 2. *in princ. de vulg.* sunt tamen hi pariter ea ætate, ut sibi testamentum facere non possint. Cur igitur minus concedatur patri, aut matri eodem modo illis substituere, ut pariter illis consulatur? quia in substitutione, ut diximus, substituit parens alienis bonis, non suis. Solius autem patriæ potestatis hoc est, ut possit quis statuere de alienis bonis: nempe ejusdem, qui & statuere potest de vita. Quorum posterius cum tributum esset olim parentibus in liberos, quos in potestate habent: haud mirum, si & tribueretur posterius. *L. in suis. in fin. D. de lib. & post. L. ultim. C. de pat. pot.*

XII. Hic notandum: duobus temporibus impuberes esse debere in potestate parentis, ut substitutio pupillaris valeat: quo pater moritur, & altero quodam. Sic enim verba sunt Papiniani in *L. coheredi*, *§. cum filiæ*, *D. de vulg.* si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita. Quibus verbis aperte significat, aliud esse tempus, quo oporteat impuberes esse in parentis familia: de quo, quia non dubitetur, ideo nihil exprimat: sed tamen ita istud quoque aliud accedere debere, ut nisi eo quoque tempore impubes sit in potestate, substitutio sit irrita. Illud alterum tempus non aliud intelligere possumus, aut debemus, quam id, quo fit substitutio. Ut significetur soli ei substitui posse, quem pater in potestate habet, cum substi-

3) Ratione; alias arrogator substituenda posset se liberare obligatione de restituendis bonis arrogati cognatis proximis *L.* 18. *& seq. de adop.* & ita in potestate debitoris sit, utrum debere velit. Neque sic arrogatus pro parte sola est testatus, sed substitutus ei in solidum heres fit. Bona autem, quæ ejus fuerunt cum arrogaretur, restituit proximis ejus agnatis, tanquam æs alienum. Fit enim restitutio potestate obligationis, non jure successionis. Nam qui successissent arrogato, nisi arrogatio facta esset, tunc non succedunt, etsi intestatus sit, nec ei datus substitutus, quia non amplius sunt agnati, sed habent actionem ex stipulatu. Acuta A. Fab. 1. *Jurispr.* 10. *Princ.* 1. *Ill.* 14. vid. & Duar. *h. t. C.* 15. *f.* 397.

4) Vid. Duar. *h. t. C.* 7. Govean. *ad L.* 2. §. 5. *h. t. n.* 13. *& seq.* Vasq. 3. *ill. Contr.* 106. *n.* 9. *& seqq.* Corass. *ad L.* 7. *C. h. n.* 3. Furst. 1. *de Success. ab intest.* 19. Vulz. *in pr. I. h. n.* 9.

5) Hæc substitutio, favor & provisio filii, non onus, & gravamen. P. Greg. 42. *Synt.* 22. *n.* 27. Gail. 2. *Obs.* 137. *n.* 15. Nam & filio in legitima, quæ onere nullo gravanda, substitui potest. Claud. Battand. *Tract.* 1. *Legitimo C.* 10. *n.* 6.

6) Quid igitur si statuto vetentur testari puberes minores, cujusmodi statutum valere vult, Vasq. *de Success. lib.* 1. §. 1. *n.* 18. Putarem vi ipsa, & eis ut substituere possit, patri permitti, cum Govean. *ad L.* 2. §. 5. *h. t. n.* 9. dissentiat licet Gomez. 1. *Var. resol.* 4. *nu.* 8. & Trentacinq. *Par.* 2. *C.* 8.

stitnit. Idque verba juris de hac substitutione constituti evidenter declarant. Dicitur enim, parentes testamentum facere posse, seu substituere in secundum casum posse liberis impuberibus, quos in potestate habent: quos habent, inquam, verbis iu tempus præsens substitutionis collatis, non autem quos habebunt. Sic sunt verba juris in *L. 2. de vulg. Inst. de pup. in princ.* Et certe si quo tempore exigitur, ut sit potestas instituendi heredem substituendive, exigitur quidem eo tempore, quo testator moritur, ut effectum habeat institutio: sed exigitur præcipue tempore testamenti facti, ut institutio constiterit ab initio. *L. si alienum*, §. 1. *D. de her. inst.* §. *in extraneis, Inst. de her. qual.*

XIII. Dissentiunt tamen in hac re vulgo interpretes, moventurque verbis. *L. 2. in princ. D. de vulg.* sunt autem hæc: *sed & si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel arrogaverit filio præcedente.* Hæc sic interpretantur, si eum adoptaverit vel arrogaverit postea. Quasi non ita interpretari liceat verbis æque permittentibus, si 7 ante, quam substitueret, adoptaverit vel arrogaverit. Quorum utrumque cum verbis conveniat: ex jure sumi oportuit, utrum intelligeremus, ut admonemur in *L. 6. D. de solut.* In ambigua enim voce & oratione legis ea interpretatio capienda est, quæ vitio caret. *L. in ambigua, D. de legi.* Ea autem sine vitio, quam jus recipit. Quod cum ex duabus superioribus solam posteriorem jus admittat, efficitur hanc solam capi debuisse.

XIV. Postremo permittitur substituere liberis impuberibus, qui, mortuo parente, in potestatem recasuri non sint. *dict. L. 2. in princ. de vulg.* Dictum hoc est propter nepotes, & pronepotes, quibus hoc genere substitutionis substitui posse diximus. Hoc, inquam, sic potest, si nepotes mortuo avo in patris sui potestatem recasuri non sint. Quod fit, si, moriente avo, aut patrem non habeant, aut is sit emancipatus: alioqui contra. *Inst. quib. mod. jus pat. pot. sol. in princ.* Cur ergo nepotibus impuberibus, qui in patris sui potestatem recasuri sint, substituere avo non licet; cum caussæ hujus substitutionis videantur concurrere, & quod impubes sibi testamentum facere non potest, & quod est in potestate avi? Hoc ideo, quia hoc etiam amplius exigitur ad hanc substitutionem, ut is cui substituitur, bona habeat; & in his ex testamento heredem: quoniam substituitur bonis impuberis. Filius autem familias heredem ex testamento habere non potest; qui etiam si sit pubes, non potest ne de adventitiis quidem, quæ patri non acquiruntur, testamentum facere. *L. pen. & L. ultim. C. qui test. fac. non pos.* Unde intelligitur, totam hanc testamenti faciendi de bonis filiifamilias potestatem esse patris, qui filium in potestate habet, non alterius cujusquam etiamsi filium quandoque in potestate habuerit. Et personæ hæ sunt, quibus in alterum casum substitui potest.

XV. Conditio substitutionis propria hæc, ut liberis impuberibus institutis substituatur hoc modo, *si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, ille heres esto. Inst. de pup. subst. in prin.* exheredatis autem hoc modo, *si impubes intra pubertatem decesserit*: quoniam prior illa pars; *si heres non erit*, in exheredato locum habere non potest. §. *non solum*, Inst. *de pup.* Declarat hæc conditio; item & quod dicitur, licere instituere impuberibus, non posse hoc modo substitui impuberibus, nisi usque ad pubertatem: id est, masculo usque ad decimum quartum annum completum, fœminæ usque ad duodecimum. §. *pen. Inst. de pup.* est enim id tempus initium pubertatis in utroque sexu lege definitum. *L. qua ætate, D. qui test. fac. pos. L. ultim. C. quan. tut. vel cur. esse des. Inst. quibus mod. tut. fin. in princ.* Quid ergo, si pater in hac substitutione pubertatem excesserit, ut diceret hoc modo: filius meus impubes heres esto. Si heres erit, & intra vicesimum annum decesserit, Titius heres esto: utrum valebit substitutio, an erit inutilis? Et placet, non eo minus substitutionem esse utilem usque ad pubertatem; ne per id quod post pubertatem, adjicitur inutiliter, id quod fit

7) Obst. *L. 33. pr. h. t.* Resp. Dicuntur illic pupillares tabulæ, quia formæ earum non multum abest a conceptione hujus substitutionis. Nam si intra pubertatem moritur pupillus, exsistit conditio. Vere autem non sunt, neque ex matris mente, neque ex forma. Charond. 2. *Verisim.* 13. Duar. *hoc t. C.* 14. *f.* 338. esse eam cautionem excogitatam, qua mater fere tantundem obtinet, & dici pupillares, quia effectum habent similem. & fere Connan. 10. *Comm.* 8. *n.* 8. Cujac. 2. *ad African. in d. L.* 33. dici pupillares, quia fiat in casum mortis impuberis filii, antequam in suam tutelam venerit. Vere autem esse vulgarem substitutionem, & mortuo filio intra pubertatem, admitti substitutum tantum in bona matris. Idque clare patere scribit. Turam. *Epist. accadem.* 2. ex clausula: *si sibi heres non erit.* Pupillares autem significare tabulas inferiores, per translationem sic dictas. Vid. & Vult. in *pr. I. h. t.* n. 5. P. Greg. 42. *Synt.* 22. *p.* 18. *& seqq.* Vasq. *Lib.* 2. *de Success. progressu n.* 8. *& seqq.* Strumæ ex Justin. 8. *Th.* 14.

Digitized by Google

fit intra pubertatem utiliter, vitietur, contra quam placuit in his, in quibus inutile utili miscetur. *L. usurus*, *L. placuit*, *D. de usur. L. 1. §. penult. D. de verbor. oblig.* Sed valebit, inquam, substitutio usque ad pubertatem. Quod reliquum est, cum filius pubes esse cœperit, finietur substitutio pubertate. Post eam enim ætatem frustra fit substitutio. *L. in pupillari*, *L. verbis*, *D. de vulg. §. penult. Inst. de pup.* Hoc tamen ita, si substitutio facta sit ad eum modum, quem dixi, &, ut Papinianus loquitur, facta sit verbis civilibus, *si impubes intra tot annos decesserit*, *Titius heres esto*. d. L. verbis, *de vulg.* ubi civilia vocantur *directa*, quibus quis directo, seu recta vocatur ad hereditatem: id est, ita, ut jubeatur ipse esse heres, vel hereditatem ita capere, ut eam recta capiat a testatore, non ex restitutione alterius cujusquam, qualia sunt superiora. Non civilia eadem, quæ non directa, id est, fideicommissaria, & precaria. Civilia enim dici constat, quæ jure civili recepta eo jure valent; ut obligationes, caussas, præstationes, & actiones civiles. §. 1. *Inst. de obl.* §. *sed istæ. Inst. de act. L. in commodato*, §. *sicut. D. com.* In hereditatibus porro deferendis, & donationibus testamentariis sola verba directa, & imperativa, primo recepta sunt jure civili: nempe lege duodecim tabularum, quæ jubebat, ita ratas esse supremas voluntates, si quis quid legasset. Legare autem veteribus est legis modo quid dare, id est, imperative: veluti, *ille heres esto*: *heres meus dato*: *Titius capito*, *sibi habeto*, *vindicato*; auctor Ulpianus in fragmentis Institutionum. *Tit. de leg. in princ.* Idcirco fideicommissaria non agnoscebantur. Et diu fuit tempus, cum verbis fideicommissi relicta nulla necessitate præstationis tenerentur. Tandem longo tempore post legem duodecim tabularum valere cœperunt temporibus Augusti, ut refertur *Inst. de fid. her. in princ.* Ex quo cum verba fideicommissaria primo dici cœpissent non civilia, etiam his receptis mansit appellatio vetus, ut directa perpetuo dicerentur *civilia*; fideicommissaria, non *civilia*. Hoc ergo est, quod dicimus, post pubertatem frustra substitutionem fieri verbis directis iis, quibus supra usi sumus. Diversum est, si fiat substitutio verbis fideicommissi. Nam, quibusvis heredibus a nobis institutis, etiam puberibus, & extraneis, rogare possumus heredem, ut Titio hereditatem restituat. Et valet substitutio ex senatusconsulto. §. *ult. Inst. de pup. L. coheredi*, §. *cum filiæ*, *D. de vulg.* §. *in primis*, §. *sed quia stipulationes*, *Instit. de fid. her.*

XVI. Amplius dicimus: etsi pater filio substituerit directo post pubertatem hoc modo, si filius intra vicesimum annum decesserit, Titius heres esto: post pubertatem quidem frustra esse substitutionem, ut directo valeat, & uti facta est; *dict. L. verbis*, *D. de vulg.* sed quæ post id tempus jure directo non valet, valere ex caussa fideicommissi. Sic enim sententia est Scævolæ in *L. Scævola*, *D. ad Treb.* quæ substitutio jure inutilis sit, tamen benigna interpretatione ex caussa fideicommissi defendi. Et, ut scismus, id in universum recte dici, non tantum specie Scævolæ proposita, sic veterum definitio est, quoties in verbis etiam directis, & alioqui jure inutilibus apparet, testatorem voluisse hereditatem suam, aut rem aliquam ad aliquem pervenire, toties ex voluntate testatoris fideicommissum admitti. *L. cum proponebatur*, 64. *D. de leg.* 2. *L. ex facto*, 17. *in pr. D. ad Treb.*

XVII. Quid, si pater intra minorem ætatem substitutionem incluserit, ut diceret, si filius meus intra octavum annum ætatis, aut decimum decesserit, Titius heres esto? Liberum hoc est patri, atque adeo in [8] singulas partes impuberis ætatis alios, atque alios heredes substituere. *L. qui plures liberos*, *L. ex facto*, §. *item quæro*, *D. de vulg.* Quod enim patri permittitur, ut possit filio substituere usque ad pubertatem, eo pertinet, ut possit, si velit: non etiam ut necesse habeat. *L. 1. C. quo. & quan. jud.* & qui potest omnino non substituere filio, potest substituere & in minorem ætatem, quam pubertatis.

XVIII. Solemne testamenti pupillaris unum hoc est, ut prius statuatur testamentum patris, quo substituitur impuberi. Hoc enim ante omnia constituendum est, quod est in §. *liberis*, *Inst. de pup.* substitutionem pupillarem esse parem, & sequelam paterni testamenti. Quod eam vim habet, ut si testamentum patris valet, satis sit vim pupillaris substitutionis, quæ simul adjecta est. *L. patris*, *D. de vulg.* si non valet, nec consistant tabulæ pupillares.

XIX.

8) Est tamen cautio, per quam tantundem pater consequitur *in L. 39. hoc. tit* Duar. *hoc. tit. C. 14.*

XIX. Hæc res facit, ut [9] tria desiderentur in facto externo patris, quo substitutio pupillaris valeat. Primum, ut pater sibi testamentum faciat. Secundum, ut prius sibi instituat heredem. Tertium, ut testamentum patris exitum habeat aliquo herede inde exsistente.

XX. Primum est, ut dixi, ut pater sibi faciat testamentum, sine quo nihil potest dici ejus pars esse, aut sequela. *d. §. liberis, Inst de pop. dict. L. 2. §. quisquis, D. de vulg.* Quo satis continentur illa, quæ alibi legimus; ut testamentum patris jure fiat: *L. si testamento, C. de imp. & al. subst.* non enim recte dicatur testamentum, quod jure nullum habetur, quale est non jure factum. *L. 1. D. de jur. rup.* item ut pater sibi heredem instituat, quoniam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. *L. 1. in fi. D. de vulg.*

XXI. Secundum est, ut pater testamento suo prius sibi heredem faciat, deinde filio. *dict. L. 2.* [10] *§. prius, D. de vulg.* Non enim potest pupillaris substitutio dici sequela paterni testamenti, nisi præcedat paternum testamentum, quod substitutio sequatur. Nec vero potest prius esse testamentum patris, nisi prius in eo sibi instituat heredem pater: quando, ut diximus, sine heredis institutione nullum est testamentum. *d. L. 1. in fin. de vulg.*

XXII. Hunc vero ordinem ita exigit Ulpianus in hac substitutione in *d. L. 2. §. prius eod.* ut adjiciat, non licere convertere ordinem scripturæ. Neque hoc dicit dubitantis more, aut prius positum repudiat postea, quasi non satis certum: sed aperte, & maxime probat. Confirmat enim deligenter, primum auctoritate Juliani; deinde rescripto Imperatoris sui; postremo etiam ratione. Et ad extremum quoque ejus capitis adjicit, ex hoc ordine dictam esse hoc genus substitutionum. Et tamen ibidem paulo post videri potest contrarium scribere. Scribit enim ita in ver. sed si quis. *Sed si quis ita fuerit testatus, si filius meus intra decimum quartum annum decesserit, Sejus heres esto: deinde filius heres esto: valet substitutio.* Et adjicit de conversione, quod plane priori sententiæ adversetur; *licet conversa scriptura*, inquit, *filii testamentum prius fecerit*; & paulo post: *ut non ordo scripturæ, sed successionis spectetur.* Et sane non tantum hæc ipsa sententia priori contraria, sed etiam particula adversativa. *Sed*, qua utitur ut ad hanc speciem transeat, aperte declarant, Ulpianum in eo, quod subjicit, a priore sententia recedere voluisse. Sed, cum in ea specie loquatur nominatim de filio instituto: apparet rursum, non [11] voluisse eum in totum mutare priorem sententiam, sed hanc solum speciem ab illa excepisse. Qua excepta, manebit hoc etiam nunc ratum ex priore sententia, ut si pater exheredato filio substituat, sibi prius debeat instituere heredem, deinde filio facere, nec convertere ordinem scripturæ. Manere enim in regula oportet, quidquid inde exceptum non est: ut exceptio magis regulam confirmet in rebus non exceptis, *L. quæsitum, §. idem respondit, domo instructa. D. de instr. vel inst. leg.* Atque ut hanc sententiam verba exprimunt: ita hanc ipsam esse sententiam Ulpiani non dubitabimus, si manifesta ratio istas species disjungit, facitque, ut in una videatur converti ordo substitutionis conversa scriptura; in altera non item. Et ita se res habet, ut cum pater filium impuberem heredem instituit, etiam si postremo loco eum scribat heredem, tamen ex verbis substitutionis præcedentis appareat, sic patrem instituere filium, ut velit, filium primo loco exsistere heredem. Ex verbis [12], inquam, substitutionis, ac non etiam sola conjectura voluntatis. Substitutionis enim pupillaris conditio hæc est, si impubes institutus heres erit, & intra pubertatem decesserit. Hoc ergo exprimit pater, velle se, ut filius prius sit sibi heres: sic deinde si filius intra pubertatem decesserit, substitutus admittatur. Quæ res ostendit, hoc casu non converti ordinem substitutionis, ac ne scripturæ quidem, si modo vim, & manifestam significationem orationis spectemus: cum oratio ipsa hoc significet, velle

9) Ita & Vigl. *in pr. Inst. hoc. tit. n.* 8. Coras. *ad L. 4. C. hoc. til.* n. 2. Duar. *ad hoc tit. D. C.* 14. *fol.* 388. Govean. *ad d. L.* 2. *pr. hoc.* 1 *t. n.* 22. Objicies. Postumus tempore testamenti non est in potestate *L. ult. de collat.* & tamen ei substituitur. Resp. *ex L.* 7. *de stat. hom.* Lex autem Cornelia æque substitutionem popillarem, ac ipsam institutionem, confirmat *L.* 28. *h. t.* vid. Coj. 15. *Obs.* 17. A. Fab. 3. *Con.* 9. & , ac corrigens 10. *Conject.* 3. & 4.

10) Potest & substituere pure, vel sub conditione *L.* 8. *pr. hoc tit.* Omnis quidem substitutio est conditionalis institutio, potest tamen esse pure substitutio. Duaren. *hoc ti. C.* 13. Sed Hot. *in pr. I. de vulg.* conditionem esse propriæ, quæ extrinsecus accedit *L.* 25. *in fi. Quan. dies Leg.* & adscribi, vel non adscribi potest. Casus autem substitutionis est pars potius, quam conditio, sine quo concipi nequit, quique ts ito inest.

11) Octo requisita pupillaris refert Zes. *ad L.* 1. §. *ult. junct. L.* 2. *h. t. n.* 24. & *seqq.*

12) Nec audiendus Govean qui 1. *Var. lect.* 8. *n.* 2. & *ad d. L.* 2. §. 4. *n.* 5. pro *comprobata in d* §. 4 reposuit *improbata*, testans, se ita in veteri libro legisse: notatus a Rob. 1. *Rec. lect.* 34. Duar. *h.t.d.* 14. *f.* 390. & P.Greg 42. *Synt.* 20 *n.* 6

velle patrem in primum locum substitutionem trahi. Nihil ejusmodi intelligi potest ex verbis substitutionis, cum pater prius sobstituit exheredato fillo, deinde sibi heredem instituit. Hæc enim hoc casu conditio est substitutionis, si filius impubes intra pubertatem decesserit. Potest autem intra pubertatem decedere, priusquam heres institutus adierit hereditatem: ut proinde nihil hic ex verbis detur intelligi, cur velit pater heredem institutum prius sibi heredem esse, quam substitutum filium. Merito igitur dicitur, hoc casu non licere convertere ordinem scripturæ, ubi, hoc converso, nihil appareat, cur non convertatur etiam ordo successionis: quod non licet.

XXIII. Tertium est in testamento patris, ut exitum habeat. Quod ita fit, si ex eo [13] edita sit hereditas, nam, hac non adita, nemine ex testamento herede exsistente, testamentum fit irritum. *L. 1. Digestor. de jur. rup. Institut. de her. quæ ab intesta. deferen. in princip.* deo ita traditur, nisi adita quoque patris hereditas, sit, pupillare testamentum evanescere. *L. 2. §. quisquis, L. sed si plures, §. si ex asse: Digest. de vulg.* Hinc olim ita jus erat, ut, quibus modis infirmaretur testamentum patris, iisdem & conciderent tabulæ pupillares. Puta si postumi præteriti agnatione ruptum esset, ut est, in *d. L. 2. in princ. de vulg.* Unde ibidem præcipitur, ut si avus nepotibus impuberibus testamentum facere velit, & eos patres præcedunt, eos instituat heredes, aut exheredet: ne, filio præcedente postea mortuo, nepotes succedendo in locum patris demortui, quasi agnatione rumpant testamentum. *L. postumorum, Digest. de ini. rup.* Idem eveniebat testamento inofficioso pronuntiato. Nam tum maxime rescindebatur testamentum. *L. Papinianus, §. ultim. D. de inoffic. testamen.* tum placebat nihil ex eo testamento valere: *L. cum mater, D. eod.* quasi nec testamenti factionem habuerit defunctus, tanquam demens. *L. Titia, in fin. L. qui repudiantis, §. 1. L. 2. D. de inoffic.* Excipiebatur ea species, cum, præterito filio, bonorum possessio contra tabulas petita erat. Etsi enim tum ita rescindebatur testamentum, ut non minus res rediret ad caussam intestati, quam ex caussa inofficiosi: *L. ut liberis, Codic. de inoffic. testamen. L. non putavit, §. ultim. D. de bonor. possess. cont. tab.* tamen placebat, substitutionem pupillarem valere. *L. ex duobus, §. ultim. D. de vugl.* quod fiebat beneficio edicti, quo prætor, testamento patris per bonorum possessionem contra tabulas rescisso, nihilominus servat, quæ eo testamento relicta sunt quibusdam personis; hoc est liberis, & parentibus. *L. 1. D. de leg. præs.* in quo numero est substitutio pupillaris, quæ impuberi dat heredem. Et valet etiamnum hodie idem jus in hac specie. Sed longius processit constitutio nova Justiniani ad jus in superioribus caussis hac parte immutandum. Cavit enim generaliter, ut quocumque modo irritum sit testamentum ex caussa preteritionis, vel exheredationis, irritæ quidem fiant institutiones; at cætera ejus testamenti valeant. *authen. ex caussa, Cod. de liber. prætor.* quod ad omnem speciem rescissi ex superioribus caussis testamenti pertinet, sive testamentum ipso jure nullum sit agnatione postumi, sive rescindatur querela inofficiosi testamenti, sive bonorum possessione contra tabulas petita, de quo suo loco diximus. In illis cæteris constat, esse legata eo testamento relicta, de quibus etiam constitutione Justiniani expressum est. *Novell. ut cum de app. cog. §. sive igitur. §. justum. vers. sive autem.* Etsi autem generaliter additum est de aliis capitulis testamento comprehensis: tamen, ut nihil dictum esset amplius, quam legata ex testamento valere, satis argumenti esset, servandam [14] esse & substitutionem pupillarem: quæ & relicti genus haberet, & ejus, quod datum esset liberis. Hoc quidem argumento utitur Hermogenianus, in *L. nam quod, 14. §. 1. D. ad Treb.*

XXIV. Solum ergo hodie, rescisso testamento paterno, & non adita ex eo hereditate ita irrita fit pupillaris substitutio, si ob

13) Quod concoquere non possum. Regula enim generali *d. §. 4.* accipitur de substitutione facta exheredato, specie rariore. Exceptio autem de facta instituto longe erit latior.

14) Et hic unus est de tribus intellectibus Accursii ad *d. §. 4.* quem sequuntur Bart. & Bal. *ibid.* Menon improbat omnino Zas. *in d. L. 2. § 4. n. 8.* & 9. Et sic quoque distinguit Vult. *in pr. l. h. t. n. 9.* & Pa . 5. q. 92. quia si instituto fit, favorabilis sit, ac producenda substitutio: si autem exheredato, odiosa. Quæ ratio nec vera est vid. not. *sup. N.* 5. nec conveniens. Et hanc distinctionem rejicit Goveau. 1. *Var. lect.* 8. n. 1. 2. quia nulla ratio diversitatis idonea. 2. quia ratio adducta *in d. §. 44.* Unum esse testamentum, etiam locum habet quando substituitur instituto. Placet eorum distinctio, qui *d. §. 4.* accipiunt, si testamenta patris, & filii fiunt ex intervallo, & separatim, ut possunt *L. 16. §. 1. hoc tit. d. §. 5.* non autem quando in continenti, & uno contextu a sibi & filio quis testatur, arg. *L. 1. pr. L.* 28. *de her. instit.* Zas. *in d. L. 2. §. 4. n. 8.* Duar. *h. t. C.* 14. *fol.* 590. P. Greg. 42. *Synt.* 20. n. 5. Quo facit *d. L. 2. §. ult. hoc tit.* paulo aliter Rob. 1. *Rec. lect.* 34. vid. & Vasq. *lib. 2. de Success. progressu §. 14. n. 141. & seqq.* novissima M. Lyclama *Lib. 2. Membranar. ecloga* 27.

si ob alias caussas, quam superiores hereditas adita non sit: cæterum non adita ex aliis caussis hereditate, manet illud, quod posui, evanescere substitutionem pupillarem. *d. L. 2. §. quisquis, L. sed si plures, §. si ex asse. D. de vulg.* Veluti si heres institutus repudiet hereditatem, aut, si instituto eo sub conditione, deficiat conditio. Sed tamen indiget hæc quoque sententia cautione: non enim usquequaque vera est. Ac primum cum ad confirmationem pupillaris substitutionis desiderant hic veteres, ut ex testamento patris adeatur hereditas: sciamus, id desiderari solum herede extraneo instituto, in quo & locum habere potest aditio. *§. item extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* Quod si suus heres testamento patris sit institutus, puta pupillus ipse, cui & postea substitutus heres datus est: nihil amplius opus sit ad vim substitutionis pupillaris, quam ut mortuo patri sit superstes. Sic enim ipso jure statim patri exsistit suus heres, & quidem multo certius quam si quis extraneus heres institutus adiisset hereditatem. *§. sui, Inst. de her. quæ ab int. def.* Quod quidem ad [15] confirmandum testamentum paternum tantumdem valet; cum utroque modo fiat, ut testamentum heredem habeat. Ut plane supervacuum sit in hoc herede aditionem exigere, etiamsi illi adire liceret. Nunc autem frustra hæc etiam ab illo exigatur, quam præstare non potest: cum aditio sit voluntariorum heredum; hic autem sit necessarius. *d. §. item extraneus, §. sui, Inst. de her. qual. & dif.* Probaturque hæc sententia non obscure his locis, *L. filius, 41. & L. Julianus, seq. D. de acq. her.* quod recte intelligens Bartolus, bene ad eos locos scripsit, convenienter eorum sententiæ, exsistentiam sui heredis confirmare tabulas pupillares.

XXV. Sed etsi heres extraneus institutus tantum sit, & is repudiaverit hereditatem: interdum tamen valet substitutio pupillaris, quod duabus de caussis contingit; vel quod ei, qui repudiavit, licet, jure repetere aditionem omissam, & repetit: vel quod nulla aditione interveniente, tamen, quæ eo testamento relicta sunt: jure singulari conservantur. Repetitur aditio omissa vel beneficio ætatis vel ex caussa fideicommissi cogente fideicommissario. Quibus in caussis & substitutio pupillaris, quæ prius concidisse videbatur, confirmatur. Finge, heredem institutum minorem. Hunc repudiare hereditatem. Si beneficio ætatis uti velit, potest impetrare in integrum restitutionem, ut sibi adire liceat. *C. si ut omis. her.* Id, si fit, proficiet secundis tabulis, ut prætor utiles actiones decernat substituto. *L. 2. §. interdum, in fi. de vulg.* Sed etsi institutus heres rogatus sit restituere hereditatem Titio; & recuset adire hereditatem, cogi potest adire postulante fideicommissario. *L. nam quod, §. ult. L. cogi, D. ad Treb.* Finge, cum jam repudiasset coactum adire. Valebunt secundæ tabulæ ex eo testamento, ex quo & hereditas patris recte adita est, & restitui debet. *d. L. 2. §. interdum, de vulg.* Plus Ulpianus scribit *in d. §. interdum*, si substitutus solum impuberis exheredati rogatus sit secundis tabulis restituere hereditatem Titio, & recuset heres institutus adire hereditatem: quamvis ab eo fideicommissum relictum non sit, tamen, desiderante fideicommissario, compellendum eum adire; ut ea aditione confirmato testamento patris, convalescant tabulæ pupillares, & una fideicommissum iis tabulis relictum. Hoc tamen, inquit, si jam pupillus decessit: cæterum si adhuc vivit, improbum esse ait eum, qui sollicitus est de vivi hereditate.

XXVI. Interdum, ut dixi, & sine aditione servantur ea, quæ testamento relicta sunt, edicto prætoris. Quod duabus in caussis receptum est. Una, si quis omissa caussa testamenti ab intestato possideat hereditatem. Ubi prætor sic voluntatem testatoris tuetur, quasi ex testamento hereditas esset adita. *L. 1. D. si quis omis. caus. test.* Quare & cum id fit, placet, pupillo substitutum servandum. *d. L. 2. §. quisquis, in fi. de vulg.* Altera, de qua dixi paulo ante, cum bonorum possessio contra tabulas petita est. Qua in specie prætor servat relicta liberis, & parentibus. *d. L. 1. D. de leg. præst.* Ideo & in his substitutionem pupillarem, eoque jure valet hoc casu substitutio. *L. ex duobus §. ult. de vulg.* Sed jam eodem loco monui hodie generaliter definiendum, quocumque modo hereditas adita non sit, aut non sit ullus ex testamento heres ob caussam præteritionis, vel exheredationis, nihilominus cætera omnia testamento relicta salva esse, ex constitutione Justiniani, & in his substitutionem pupillarem. *d. auth. ex caussa, C. de lib. præt.*

XXVII.

15) Nisi a milite facta sit, *L. 41 §. ult. de test. mil.* Duar. *h. t. C. 14. f. 391.*

XXVII. Atque hæc patris potestas est in hac substitutione; hoc jus, quo fit, ut ad hanc formam composita substitutio valeat. Quo ex jure & nomina rei convenientia nata sunt: quæ quam vim, atque originem habeant, jam ex his potest intelligi. Primum hoc genus institutionis, quo datur heres impuberi, dicitur substitutio pupillaris. §. *igitur*, *Inst. de pup. L. in pupillari*, *L. coheredi*, §. *cum filiæ*, *D. de vulg.* At cur substitutio? non enim ita dici potest ex comparatione impuberis: quoniam in hac substitutione non instituitur pupillo secundus heres, sed primus, & solus. Non est autem substitutus, qui primo loco instituitur. *L.* 1. *D. de vulg.* Ne sic quidem dici potest ex comparatione patris: quoniam in hac substitutione non instituitur secundus heres patri, in qua substitutus non est omnino patri heres, nedum secundus. Unde igitur substitutio? nempe ex comparatione heredis paterni, eo quod pater prius sibi heredem instituere debet, deinde secundo loco filio, & non a testamento filii incipere. Ut intelligatur hic substitutus ita dici, non quia ulli est secundus heres, sed quia post institutum patri heredem secundus: ut quem secundo loco post institutum scribi, & esse heredem oporteat. Et ex hoc ordine dictum esse substituere liberis, declarat Ulpianus in *L.* 2. *in fi. de vulg.* Dicitur hæc substitutio testamentum pupilli, seu pupillare: *d. L.* 2. §. *quisquis*, §. *interdum*; & recte: ut in quo pupillo instituitur heres, non patri, ut initio hujus generis exposuimus. Eodem sensu [16] dictæ tabulæ pupillares. *L. si mater*, *de vulg.* nam in usu juris testamentum tabulas vocamus. *L.* 1. *D. de bo. pos. sec. tab.* Dicuntur & secundæ tabulæ ex eo ordine, quem in testamento patris, & filii faciendo servandum esse diximus. *d. L.* 2. §. *quisquis*, §. *prius*. *L. sed si plures*, §. *si ex asse. de vulg.*

XXVIII. Quod si hæc substitutio est testamentum filii, & ut valeat, præcedere debet testamentum patris, apparet in substitutione pupillari recte ordinata duo testamenta esse, unum patris, alterum filii: & ita passim hæc distinguuntur. Et tamen rursum hic dicitur [17] unum esse testamentum patris, cujus pars sit testamentum pupillare. §. *igitur*, §. *liberis*, *Inst. de pup.* Recte utrumque duo sunt testamenta, si hereditates, & institutiones heredum spectamus. In testamento namque patris de hereditate, & bonis patris agitur, & huic soli instituitur heres. In substitutione pupillari agitur de bonis impuberis, & ipsis, ac pupillo heres instituitur. *Inst. de pup. ver. quo casu*, *L. sed si plures*, §. *ad substitutos*, *D. de vulg.* neque id aliter habetur, quam si ipse pupillus sibi heredem instituisset. *d.* §. *igitur*, *Inst. de pup.* Testamenta autem distinguuntur heredum institutionibus; ut cui heres instituitur, ejus quoque sit & testamentum, ut initio dixi. Unum testamentum est, si spectamus eum, qui facit, & id quod fit principaliter. Nam solus est, qui testamentum facit, pater: & hujus testamentum est testamentum principale; cujus nihil nisi accessio est testamentum pupillare. Idque ex eo satis intelligitur, quod ut testamentum pupillare recte fiat, non necesse est nove solemnia adhiberi, sed ut in parte testamenti paterni, solius hujus testamenti solemnia sufficiunt. *L. patris*, *D. de vulg.* Sic testamentum patris principale dicitur in *L.* 2. in princ. illic, *nam si principale de vulg.* sic pupillare pars, & sequela paterni in *dicto.* §. *liberis*, *Instit. de pupil.* Hinc factum, ut in hac substitutione testamentum patris dicatur duplex. Ideo enim duplex, quia duo testamenta continet, paternum, quod proprie ita dicitur; & pupillare, quod tamen paterni pars est. Ut in illa sententia veterum: In duplicibus testamentis unum patrimonium patris spectari, & omnia legata tam quæ in primis, quam quæ in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribui, ut ex ratione patrimonii paterni intra dodrantem præstentur. *L. in duplicibus*, *D. ad leg. Falc.* ubi apparet, duplicia testamenta dici parentum, quæ adjunctam habent substitutionem pupillarem.

XXIX. Neque vero ad rationem tentum verborum explicandam utile est intelligi, duo hic esse, & dici testamenta, & rursum unum, quod sit duplex: sed in primis ad rem, & certos effectus juris pertinet. Huc enim spectat, & ita acceptum est e veteribus, ut prout expedit, aut non nocet tabulis pupillaribus, modo

16) Quæ communior opinio est, teste Valasc. *Tomo* 1. *Consult.* 54. *n.* 7. & probat P. Greg. 41. *Synt.* 20. *n.* 9. & Cujac. 4. *ad Afric. ad L.* 34. §. *ultim. h. ll.* Dissentit. Hotom. 4. *Obs.* 26. scribens *in d. Cap.* 3. *in fin.* legata, libertatet, tutelas significari; substitutiones vero institutionis nomine comprehendi. Vid. & Trentacinq. *de Substitut. Par.* 2. *C.* 14. *n.* 11. *&* *seqq.*

17) Consentit Duar. *h. t. C.* 14. *f.* 391. Hotom 9. *Obs.* 10. Gabr. Degast. *ad L.* 7. *C. h. t pag.* 62. *&* *seqq.* Vult *in pr. I. h. n.* 9. *&* 10. Quod confirmat *L.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* Dissent. Vigl. *in* §. 1. *I. h. n.* 25. Govean. *ad L.* 2. §. 5. *&* *seqq. hu. l. n.* 28. A. Fab. 2. *Conject.* 2. *&* 3. *de Err. Pragm.* 1. *&* *seqq* Tribonianum misere insectans. Scite hanc difficultatem tribus casibus expedit Vinc. Cabot. 2. *Disput.* 22. Vid. & de hac quæst. Trentacinq. *de Substitut. Par.* 2. *C.* 5.

Digitized by Google

modo hæ habeantur pro testamento patris, modo pro testamento impuberis, postquam pro utroque acepi possunt diversis rationibus. In tabulis patris, & filii septem signa sufficiunt: nempe ut in uno testamento patris: quia hoc existimari tabulis filii expedit, quo citius valeant *d. L. patris, de vulg.* Quæ secundis tabulis pater legavit, perinde habentur, quasi patris testamento, & a patre relicta essent: quia hoc secundis tabulis nihil nocet. *L. coheredi*, §. *coheres, de vulg. L. in ratione*, 11. §. *quod vulgo. L. in duplicibus. D. ad Leg. Falc.* Mater testamento impuberis si præterita sit a patre, placet eam inofficiosum testamentum impuberis non dicere; hac ratione, quia patris testamentum est, & hoc nunc ita haberi utile, ne testamentum impuberis rescindatur. *L. Papinianus*, §. *sed nec D. de inoff. test.* Adde & illud, quod omnino ad hunc locum pertinet, quos potest pater heredes sibi facere necessarios, posse eum & facere filio impuberi, ut servum suum, & fratrem impuberis. *L. sed si* 10. *D. de vulg.* Quod certe non alia ratione placuit, quam quod ipsa hæc substitutio impuberis est testamentum patris, cui propterea idem tribuendum sit, atque si sibi liberos, aut servos suos heredes pater instituisset. In his caussis contra responsum contrariis de caussis. Qui solidum ex testamento patris capere non potest: placet, eum a patre recte impuberi substitui, & ex hac caussa solidum capere ex iis bonis, quæ solius impuberis fuerunt, non etiam testatoris: non alia de caussa, quam quod hic testamentum sit filii, a quo & solidum capiatur. *L. si is qui*, 6. *D. de vulg:* idque ita rursum existimari pupillo utile ut habeat substitutum *L. Julianus, D. de acq. her.* Pater tabulis secundis substituit impuberi præteritis iis, qui de inofficioso testamento patris queri poterant, ut fratre patris, aut fratre impuberis. Placet his querelam inofficiosi adversus testamentum non dari: quia filii testamentum est, ac nisi ita nunc existimetur, pupillus institutum non sit habiturus *d. L. Papinian.* §. *sed nec, de inoff.* Sed & quod placet, si, suo testamento perfecto, alia rursus hora pater filio testamentum fecerit adhibitis legitimis testibus, nihilominus id valere. *L. si quis eum*, 16. §. 1. *D. de vulg.* non alia re defendi potest, quam quod duo sunt testamenta diversorum, & diversarum hereditatum; sic enim consequens est, etsi diversis temporibus facta sint, dum in singulis adhibita sint solemnia juris, ambo valere, nam alioqui aut utrunque aut certe posterius sit inutile futurum, si testamenti paterni pars haberetur; cum unumquodque testamentum cujusque ita valeat, si uno contextu, & eodem tempore factum sit. *L. heredes*, §. *ult. D. qui test. fac. pos. L. hac consultissima, in pr.* & §. 1. *C. de testam.*

CAP.



Digitized by Google

CAP. XXVI.

Substitutio pupillaris a voluntate substituentis (quæ altera de hac substitutione quæstio est) ubi facta intelligatur. Ea inventa, quando hujus conditio exsistat, ut hinc deferatur substituto hereditas. Tum quid hic substitutio, quamtumque substituto tribuat.

Pupillaris substitutio, ut vulgaris, vel exprimitur verbis, vel non expressa intelligitur. I.
Exprimi vel tota conditione substitutionis expressa, vel posteriore tantum ejus parte II.
Item uno verbo. Quomodo. III.
Intelligi cum pater filio impuberi instituto substituit in vulgarem casum. IV.
Nisi voluntas patris refragetur. V.
Hoc in tribus casibus. Hi qui sint. VII. VIII. IX.
Intelligi etiam cum pater, pluribus impuberibus institutis, eos invicem substituat. Secus si cum impubere institutus pubes. X.
Substitutus vel certus, vel incertus; & qui nam his verbis, quis quis mihi heres erit, idem filio meo heres esto *contineantur.* XI.
Ex hac substitutione deferri hereditatem cum existat conditio; & quando hujus pars prior, quando posterior existere intelligatur. XII.
Quid, quantum ex hac substitutione substituto deferatur. XIII.
Pluribus impuberi substitutis, idem de partibus hereditatis ac in vulgari. XIV.

I. Constitnta potestate hoc modo substituendi, intelligitur & quid hic liceat patri, & aimul quibus rebus fiat, ut valeat substitutio. Quo intellecto, restat de voluntate substituentis ut videamus, ubi ab eo facta sit hæc substitutio; & hac inventa, cui, quando quantumve inde deferatur. Pupillaris substitutio, ut vulgaris, alias exprimitur verbis, alias non expressa intelligitur.

II. Exprimitur expressa substitutionis conditione: hoc modo, si filius heres erit, & intra pubertatem decesserit, Titius heres esto: *Inst. de pup. in pr. L.* 1. *D. de vulg.* aut hoc modo: si filius intra 14. annum decesserit. *L.* 2. §. *pri.* vers. *sed si quis. L. in substitutione. L. qui plures liberos, L. coheredi*, §. *ul. D. de vul.*

III. Exprimitur & uno verbo substituendi, eum pluribus impuberibus heredibus institutis ita substituit pater, *eosque invicem substituo.* Substituendi enim, verbum, quod generale est, omnem substituendi heredis speciem continet, quam modo persona liberorum recipiat. *L.* 4. *D. de vulg.*

IV. Non [1] expressa verbis pupillaris substitutio, tamen facta intelligitur, eum pater filio impuberi instituto substituit in primum casum: hoc modo, *si filius impubes heres non erit, Titius heres esto.* Hic enim placet, etsi filius heres erit, & intra pubertatem decedat, etiam in hunc alterum casum Titium substitutum videri, ut vulgari casu expresso contineatur & pupillaris. *d. L.* 4. *D. de vulg. L. quamvis. C. de imp. & al. sub.* Voluntas hinc intellecta. Nam, qui voluit Titium sibi heredem esse, si filius heres non esset, credibile est, voluisse & eundem sibi esse heredem, si filius heres exsisteret. Nihil enim dici potest, cur non pariter utroque casu Titium dilexerit, & quem semel voluit, eumdem & perpetuo heredem esse voluerit. At, pupillo herede existente, ac deinde decedente si admittatur substitutus, fit & hic patri heres, qui hereditatem patris prius quæsitam filio nunc ex substitutione per filium obtinet, juxta regulam juris, heres heredis heres quoque est testatoris. *L. ult. C. de her. inst. L.* 3. *D. de her. pet.* Quare & sic quoque voluit pater hereditatem suam ad Titium pervenire. At hoc fieri non potest, nisi Titius in totum filio quoque sit heres. Juncta enim cœpit esse hereditas patris, & filii, cum primum filius patri heres exstitit: ut qui unam ex his habeat, necesse sit, habeat utramqua.

L. sed

[1] De tacita hac pupillari vid. Dauth. *ad L.* 1. *h. t. n.* 165. *& seq.* Trentacinq. *Par.* 1. C. 11. *&* 2. *seqq.* ubi *C.* 13. tractat an, & hæc trahatur ad bona pupilli, quæ aliunde, quam a testatore, ut per hanc tacitam æque ipsi succedatur. An hæc vere sit ex voluntate defuncti, vid. *not. supr. C.* 24. *N.* 1. Quæ enim rationes in tacita, seu vocant, vulgari, eadem et fortiores in hac.

Digitized by Google

L. sed si plures. §. filio. D. de vulg. Hinc conjectura non obscura voluntatis, quasi testator in filii quoque bona Titium substitutum voluerit, ut idem obtineret etiam paterna, id est, sua, quæ ad illum pervenire voluit. Quod si ex hac substitutione, præter bona patris, obtinet substitutus etiam alia bona impuberis, ut sit & ipse impuberi heres: id nos movere non debet, quasi sit hoc præter voluntatem patris. Nam, quem pater voluit sibi heredem, credibile hoc quoque est voluisse patrem & hunc heredem datum filio. Hoc enim utile filio substitutum habere. *d. L. Julianus de acq. her.* Quem autem idoneum putavit pater, quem sibi heredem faceret: non dubium, quin putet idoneum filio; &, ut putat, ita etiam voluerit; qui pro caritate parentum erga liberos æque cupivit prospectum filio, ac sibi.

V. Sic tamen, vulgari substitutione expressa in persona impuberis, intelligitur, pater, & in alterum casum substituisse, & quod idem est, intelligitur, contineri pupillaris, nisi voluntas patris refragetur. *d. L. 4. in fi. D. de vulg. L. quamvis. C. de imp. & al. subst.* Quod enim pupillaris substitutio hic quoque admittitur, non fit verbis, quæ hic desunt, sed sola conjectura voluntatis. Ita, cessante voluntate, & substitutionem pupillarem excludi necesse est.

VI. Refragari intelligitur voluntas tribus in caussis: totidemque modis accidit, ne vulgari modo pupillo substitutus, etiam in alterum casum exsistentium heredum substitutus intelligatur.

VII. Prima caussa est, quæ dubitationem non habet, si pater nominatim in secundum casum alium substituat hoc modo: filius meus heres esto. Si heres non erit, Titius heres esto. Sin heres erit, & intra pubertatem decesserit, Sempronius heres esto. Hoc casu nemo dubitat, quin in secundum casum substitutus sit impuberi Sempronius, non Titius. *L. cum ex filio, 39. §. 1. D. de vulg.*

VIII. Altera caussa est, cum pater in conditione substitutionis vulgaris factæ impuberi comprehendit alium heredem, in cujus persona locum habere non potuit substitutio pupillaris, ut diceret, si filius, & ille heredes non erunt. Veluti in hac specie Testator filio impubere, & uxore sua heredibus institutis, ita his substituit: si Firmianus filius meus, & Ælia uxor mea heredes non erunt, Titius heres esto. Placet Titium in hac specie in secundum casum substitutum non videri filio. Proinde, filio herede exsistente, quamvis postea decedente intra pubertatem, evanescere substitutionem, quæ species, & sententia est *L. quamvis. C. de imp.* Et ratio ibi adjecta est, quod manifestum sit in proposito, in eum casum factam substitutionem, quo utrique heredum substitui potuit. Recte. Cum enim hæc verba, si illi hæredes non erunt, semel, & pariter relata sint tam ad impuberem, quam ad uxorem, non possunt aliud significare, aut continere in unius persona, quam in alterius. At in persona uxoris non potest pupillaris casus intelligi; quando ei & extraneæ, & puberi in eum casum substitui non potest. *§. ult. Inst. de pup.* Quapropter ex iisdem verbis nec idem casus potest intelligi in persona impuberis.

IX. Tertia caussa est, quæ aliunde etiam quam ex verbis admittit conjecturam contrariæ voluntatis; cum impubes, cui in primum tantum casum substitutus datus est, intra pubertatem decedit matre superstite, & eadem prius instituta cum filio. Tunc enim Papiniani, & Ulpiani sententia fuit, matrem admitti, nec substitutioni pupillari locum esse. Quæ & sententia nominatim confirmatur a Justiniano *in L. ult. C. de inst. & subst.* sed illis conditionibus omnino, quas dixi, si mater vivit, & pariter cum filio prius fuit instituta. Ex quo intelligitur, si prius instituta non esset, eum, qui in primum casum substitutus est impuberi, etiam adversus matrem in secundum casum substitutum videri. De qua re disserui ad *L. precibus. C. de imp.*

X. Ut continetur substitutio pupillaris etiam non expressa, cum pater substituit in primum tantum casum, si filius heres non erit: sic multo magis tunc contineri debere videtur, cum testator, impubere, & aliis heredibus institutis, eos invicem substituit his verbis, *eosque invicem substituo.* Nam aut verbo substituendi continetur utraque species, quæ vis est verbi generalis, aut una saltem vulgaris. Qua admissa, etiam ex superiore definitione pupillarem recipimus. Sed ne hoc quidem perpetuum. In duobus filiis impuberibus locum habet. In duobus, quorum unus est impubes, alter pubes, non placuit, ut disseritur in [a] *L. 4. D. de vulg.*

a) Falsa autem est communis interpretatio, qua creditur in *d. L. 4.* Publius Firmianus præferri uxori, quia uxor non sit substituta pupillariter filio, cum filius ita uxori nequeat. Quod refellit A. Fab. 15. *Conject.* 19. Non enim

vulg. quia voluntas ex verbis repugnare videtur. *Incongruens enim videtur*, ajunt sive Modestinus, sive Imperatores, *ut hoc communi verbo, eosque invicem substituo, in altero duplex sit substitutio, in altero sola vulgaris.* Et hoc est, verbum substituo, quod communiter, id est, pariter & in commune, utrique filio attributum est, non potest de sententia testatoris, nisi unum, & idem genus substitutionis significare in utriusque filii persona. Non potest autem in persona puberis ex sententia testatoris significare substitutionem pupillarem; quia hanc persona puberis non recipit, & cupit testator jure testari. Quo fit, ut nec in persona impuberis eadem verbo communi possit hæc substitutio intelligi. [3]

XI. Substitutione inventa, ex verbis æstimandum, cui, quando, quidve inde deferatur. Defertur hereditas substituto. Qui interdum certus, ut cum appellatur suo nomine, aut demonstratur aliqua alia demonstratione. Nonnunquam incertus, utpote designatus iis verbis, de quorum sententia, & significatione dubitetur. Quod fit, cum, pluribus heredibus institutis, pater ita substituit filio, quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto. Inde quæsitum, qui contineantur his verbis, *quisquis mihi heres erit.* Res breviter definita in §. *substituitur. Inst. de pup.* his verbis, vocari ex substitutione impubere mortuo, illos, qui & scripti sunt heredes, & exstiterunt. Congruit *L. qui liberis. §. 1. D. de vulg.* Qua definitione docemur, duo genera heredum his verbis non contineri, proinde nec admitti ad substitutionem. Primum eos, qui ex testamento quidem heredes sunt, at non testamento scripti heredes: tum eos, qui scripti heredes non exstiterunt. In priorum numero sunt, dominus, servo instituto, pater instituto filiofamilias, & heres heredis instituti. Nam si servus eodem testamento patris institutus sit heres, & hereditatem jussu domini adeat; dominus fit heres, quæsita ei per servum hereditate. Eodemque jure est pater filiofamilias herede instituto, & jussu patris hereditatem adeunte. *L. placet. D. de acq. her. L. acquiruntur §. 1. D. de acq. re dom.* Sed & filiofamilias herede instituto, si is recuset hereditatem adire, defertur patri hereditas ex constitutione Justiniani. *L. ult. §. 1. C. de bo. quæ lib.* Paterfamilias si sit heres institutus, & is, adita hereditate, decedat, per eum hæc ipsa hereditas ad heredem ejus pertinet, ut heres ejus sit & heres testatoris, juxta regulam juris antiqui. *L. ult. C. de hered. inst. L. 3. D. de her. pet.* Nos ergo hoc dicimus sive dominus, servo instituto adeunte, sive pater, adeunte, aut recusante filiofamilias, hereditatem quæsierit, sive hereditate heredi quæsita, aliquis ei heres exstiterit: neminem ex his intelligi ad hereditatem vocatum his verbis substitutionis: *Quisquis mihi heres erit.* Non quod non possint dici heredes esse defuncto, sed quia non sint scripti, nec ex judicio veniant, ut explicatur in *L. 3. L. qui liberis, §. ult. de vulg.* At enim hi significantur verbis, Sunt enim defuncto heredes. Testator autem verbis vocavit, quisquis sibi heres esset. Sed habent verba hunc sensum, inquit Ulpianus, ut non omnis, qui patri heres exstitit, sed qui exstitit ex testamento, vocatus videatur. *d. L. qui liberis. §. ult. de vulg.* Quo significat, verbis quidem contineri superiores: at non sententia testatoris. Nihil autem in testamento valet contra testatoris voluntatem. *L. quoties 9. in pr. D. de her. inst. L. 12. in fi. D. de leg. 1.* Voluntas conjicitur ex præcedentibus; cum in dubio hoc, quos heredum verbo intellexerit in substitutione, spectamus, num prius hoc verbo sit usus, & quos eo verbo significarit, juxta præceptum. *L. si servus plurium 50. §. ult. D. de leg. 1.* Prius autem heredes insti-

nim in *d. C.* 4. quæritur, an uxor debeat admitti ex substitutione, quia illa omnino non, ac ne vulgariter quidem substituta est: sed an Publius Firmianus aliquid juris habeat in casum pupillarem. Quod negatur ex dicta ratione.

3) Ratio *L. ult. C. de inst. & subst.* in vers. *Si enim suæ substantiæ*, quæ movit Imperatorem ut sic statueret in casu, quo mater coheres filio data, cessat in aliis casibus. Nec obstat *L. 8. C. h. t.* quia loquitur de substitutione militis, quæ facta in unum casum, non extenditur ad alium; seu vulgaris a milite facta non continet tacitam pupillarem, Donel. *ad d. L. 8. n. 5. & 6.* & consentit Henr. a Suerin. *Rep. lect. Cap. 34.* Vand. 1. *Quæst.* 44. Bron. 3. *Ass.* 34. Boeer. *Lib. 1. de Jure belli C. 14. p. 130.* Marc. Lyclama, *Lib. 1. Membranar. ecloga* 4. A. Fab. 15. *Conject.* 9. adhuc strictius *d. L. ult.* accipit, ut eo tantum casu mater excludat substitutum, si coheres data filio non unnui, sed postumo, & nominatim in eum casum, *si non nascetur*: nam si in alium casum, etiam postumo substituatur. Ratio est, ait, conjectura geminæ voluntatis. Uno, quæ habetur in *d. vers. Si enim suæ substantiæ, &c.* Altero: quia in ea specie *d. L. ult.* dupliciter defecit conditio. 1. Quia natus postumus. 2. Quia is heres factus. Et dici non potest cogitasse testatorem de hereditate matri adimenda, quia nulla est postumi hereditas, nisi nascatur. At substitutio illic facta in eum tantum casum, si non nascatur. Dno. Cujac. 12. *Obs.* 27. Vincent. Cabot. 2. *Disp.* 18. qui tacitam pupillarem contineri quidem vulgari etsi mater sit pupillo, sed contra eam effectum non habere scribit, uti expressa. Ratio differentiæ: In expressa certum est substitutum præferri voluntate testatoris: In tacita incertum. Neque enim eo ex verbis est, neque ex probabili mente testantis, sed Lex tantum eum ita voluisse præsumit. Quæ præsumptio in gratiam matris rejicitur. Vid. & Trentacinq. *de Substit. Par. 1. C. 12.* Ang. Matthæ. *Lib. 2. de Via Jur. C. 16. & Lib. 1. Epit. legat. Cap. 11.*

institutos sibi heredes esse jusserat. Quapropter cum postea vocat, quisquis sibi heres erit, his verbis eosdem illos, quos prius scripserat sibi heredes, vocare intelligitur. Quod attinet ad eos, qui instituti non exstiterunt heredes, sive, quod non delata, aut non adita intra tempus hereditate, decesserunt, sive quod sponte hereditatem repudiarunt, aperte [4] hi non vocantur. *d. L. qui liberis. in pr. de vulg.* satis enim constat, hos verbis ipsi excludi, ac non tantum sententia testatoris. Verum est enim, eos non esse heredes. Superiora autem verba vocant eum, qui heres erit. Ac ne sententia quidem testatoris heredes sunt: cum testator ita eos instituat, ut, non verbo, sed effectu sint heredes.

XII. Substituto ex hac substitutione defertur hereditas non statim, sed tunc, cum exstitit conditio substitutionis, similiter ut in vulgari fieri diximus. Id autem accidit, cum impubes institutus, heres exstitit, & intra pubertatem decessit. Ac prior quidem hujus conditionis pars semper exsistere intelligitur, si impubes sit superstes patri. Nam impuberem in hac substitutione proponimus eum, qui fuerit in potestate morientis patris *L. cohevedi. §. cum. filiæ. de vulg.* Hic autem suus heres *§. sui Inst. de her. qual. & diff.* Porro sui heredes, mortuo patre, etiam ignorantes heredes exsistunt, atque adeo etiam inviti. *§. sui. Inst. de her. quæ ab int. def.* sic fit, ut, his superstitibus, statim exsistat, ut dixi prior illa pars superioris conditionis. Nec quidquam nocuerit substituto, si postea impubes se abstineat hereditate. Semper enim jure manet heres, qui semel exstitit. *L. ait. §. sed quod Papinianus. D. de mi.* Sed nec abstentione impuberis minuitur potestas patris, quominus & hoc casu recte vocetur substitutus: nam qui potuit substitutum dare exheredato: multo magis potuit instituto, & heredi, quamvis postea omittenti. Posterior autem pars conditionis superioris quando exsistat, præceptis non indiget. Mors impuberis per se ipsa satis docebit.

XIII. Hereditate ex hac substitutione substituto delata, restat, ut quæratur, quid quantumque substitutio ei tribuat. Et tantum hic substituto defertur, quantum fuit pupilli, cum is moritur, sive a patre obvenerit, sive quæsitum sit aliunde. Testamentum enim pupilli hic est. In quo substituitur heres bonis impuberis, non patris. De quo dixi initio. *L. sed si plures. §. ad substitutos. de vulg. Inst. de pup. in pr. vers. quo casu.* Excipimus substitutum arrogati, ad quem nihil amplius potest pertinere ex substitutione, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis, aut beneficio arrogatoris. *d. L. sed si plures. §. in arrogato. de vulg.*

XIV. Plures [5] si substituti sint impuberi; de partibus hereditatis idem servandum, quod in vulgari substitutione servandum diximus, cum plures uni, si heres non erit, substituti sunt. *d. L. qui liberis in fi. de vulg. §. substituitur, Inst. eod.*

CAP.

4) Admittuntur autem etiam secundo gradu scripti, L. 34. §. 1. *h.* Et sufficis, semel exstitisse heredem testatoris ut ad successionem pupilli admittatur, etsi esse desierit. Exempla in *L.* 31. *L.* 63. §. *ult. h. t.* Utilitas enim exigit, ambiguam orationem ita interpretari, ubi incertum quomodo testator senserit. An sic. Quisquis heres erit & manebit &c. Duar. *hoc tit. Cap.* 15. *f.* 393.

5) Et hic quoque conjuncti unius loco *L.* 9. *h. tit.* nisi voluntas testatoris contraria colligatur, aut ex verbis ut in *L.* 13. *præscript. de her. instit.* quod & fit si his verbis usus: *Quisquis mihi heres erit & Titius filio heredes sunto L. ult. C. h. t.* Quisquis enim est verbum distributivum. Et sic non est contraria *d. L. ult. d. L.* 9. nec illa per hanc abrogata, quia in *d. L.* 9. verbis collectivis testator usus est. Duar. *h. l. C.* 16. *f.* 398. Dio. Govean 2. *Var. lect.* 27. Tribonianum incusans, & *Lib.* 1. *Animadvers. ad d. L.* 9. frustra conciliationem quæri scribens.

Digitized by Google

CAP. XXVII.

De substitutione mente capti. Sic hanc potestate substituendi introductam ad exemplum pupillaris substitutionis, ut multa sint illi cum hac communia, dissimilia non pauca. Quæ nam hæc sint. A substituentis voluntate ubi hæc substitutio facta intelligatur: tum inde quid, cui, quando deferatur.

Pupillnri finitimam substitutienem mente capti. Hnnc qui nam, quibus facere possint, & quatenus. I.
Huic quædam communia cum pupillari; quædam dissimilia. Communia quatuor. Permitti parentibus liberis suis mente captis in secundum illum casum substituere, si in eadem constitutione mentis decesserint. II.
Hanc substitutionem hereditate testamentum filii, factione testumentum patris. III.
Hujus conditiones cum superiore communes tres. IV.
Ut sint pnrentes qui substituant. V.
Ut ne mente capti post mortem patris in alterius potestntem recidant. VI.
Ut parentes sibi prius testamentum fnciant. VII.
Earum rerun, quibus hæc substitutie differt a pupillari, quædam positæ in personis, quibus substituitur, quædnm in conditienibus substitutienis quibusdam. VIII.
Pupilloris fit liberis impuberibus etiam sanæ mentis; hæc mente captis etiam puberibus. IX.
Mente coptorum, quidnm sine furore, quidam cum furore, qui furiosi appellantur. Horum numero etinm predigos haberi. X.
Cur in mutis, & surdis non idem jus ac in mente captis. XI.
In conditionibus dissimilitudo quadruplex. XII.
Pupillaris permissn solis parentibus, qui in potestate impuberem habeant; hæc pnrentibus quibuscunque. Quid si omnes substituant: nullius ne, an unius saltem, & cujus nam substitutie valeat. XIII.
Mntri ad secundas nuptins transeunti substituere dementi filio non licere. XIV.
Cur, cum ad exemplum pupillaris hæc substitutio introducta, non in hac tamen uti in illa patria petestas necessaria. XV.
Impuberibus substituere licere etiam exheredatis, mente captis non nisi heredibus institutis; & legitima portione eis relicta. Quid si non totam pater reliquerit. XVI.
Pupillari cenvenire hanc conditionem si filius decesserit impubes; huic si mente captus. Illa pubertate; hæc resipiscentia expirnt. Ut valeat, sufficere dementem esse filium duobus temporibus, quo pater substituit, & quo moritur. XVII.
Quid si filius per id tempus, quo erat sanæ mentis testnmentum fecerit. XVIII.
Impuberi licere quosvis substituere; mente captis, si liberos habeant, omnes substituendos, vel unum soltem. Itidem si frntres tnntum. Neutris existentibus quosvis. XIX.
In voluntate eadem hic servanda ac in pupillari. XX.
Quid ex hac substitutione deferatur. XXII.
Cui XXI.
Quando XXIII.

I. Finitims est substitutioni pupillari substitutio mente capti, de qua cautum est constitutione Justiniani. *L. humanitatis. C. de imp. & alior. subst.* estque etiam ad exemplum superioris introducta, ut additum est in §. *qua rntione, Institut. de pup.* Itaque cum quæritur de hereditate ex hac substitutinne deferends, prope omnia hic observanda sunt, quæ in pupillari, sive de pntestate substitnendi quæritur, sive de voluntate substituentis, ubi sit hæc substitutio, & quid, cui, quando inde deferatur. Nnn omnia tamen hic similia, quæ ad potestatem substituendi, & vim substitutionis pertinent, nec omnia etiam, quæ hic similia sunt, satis expressa Justiniani constitutione. Ut utroque nomine hæc pars substitutinnis observationem, & explicationem istarum rerum propriam desideret: quam breviter subjiciam. Summa juris de hac substitutione constituti hæc est: Li-

cere parentibus liberis suis mente captis heredibus institutis, & legitima saltem portione his relicta, substituere heredem in secundum casum, si heredes erunt, & in eadem alienatione mentis decesserint. Sed substituere solum liberos mente captorum, si quos illi habeant, vel omnes, vel unum ex illis. Si liberos non habeant, substituere fratres vel omnes, vel unum. Quod si mente captis neque liberi sint, neque fratres, tum licere substituere his quoslibet heredes. In his multæ sunt cautiones ad vim hujus substitutionis pertinentes parum explicatæ, quæ, ut dixi, animadversionis & enodationis indigent. Res tota ex similitudine, & dissimilitudine utriusque substitutionis commode intelligetur.

II. Habet ergo hæc substitutio cum pupillari communia quædam, quædam dissimilia. Communia sunt hæc quatuor. In primis res ipsa, & substitutio, quæ hic permittitur parentibus. Hæc genere conditionis eadem est. Permittitur enim parentibus substituere liberis in secundum illum casum, si liberi heredes erunt, ac deinde eadem constitutione mentis decesserint, quæ constitutio substitutioni caussam dedit. Non exprimitur hoc constitutione Justiniani, sed ex his satis intelligitur. Primum Justinianus profitetur statim ab initio constitutionis, humanitatis intuitu se hanc substitutionem indulgere parentibus. Nihil hac humanitate, aut indulgentia opus est ad substitutionem vulgarem, quæ omnibus testatoribus etiam maxime extraneis jure communi permissa est. *L. potest. D. de vulg.* Illic est opus, cum in secundum casum fit substitutio; in quem jure communi substituere non licet, lege duodecim tabularum prohibente de alienis bonis statuere. *L. verbis. D. de ver. sig. L. testandi. C. de testa.* quod tamen fit ita concepta substitutione. *Inst. de pup. in pr. ver. quo casu.* Intelligitur etiam ex eo, quod constitutio hanc substitutionem testamentum liberorum vocat, vetans contra id ullam querelam tanquam de inofficioso testamento oriri, quamvis parentes liberis substituerint quos voluerint, præterita forte liberorum matre, aut quibusdam liberis, vel fratribus mente captorum: Idque ad exemplum pupillaris substitutionis. Et recte. Nam adversus hanc quoque etiam matri præteritæ inofficiosi querela denegatur. *L. Papinianus. §. sed nec. D. de inof. test.*

III. Ideo autem hæc substitutio testamentum liberorum dicta, quia his hac substitutione heres instituitur sub illa conditione, si heredes erunt, ac postea decesserint. Qua ratione & pupillarem substitutionem, quæ in eum casum concepta est, testamentum pupilli dici initio ejus substitutionis supra ostendimus. Apertius idem intelligitur, cum dicitur substitutio finiri ad exemplum pupillaris substitutionis. *§. qua ratione. Inst. de pup.* Non finitur pupillaris substitutio, nisi hac conditione, si liberi intra pubertatem decesserint: ut substituti semper sint heredes pupillis, sive hi heredes fuerint, sive fuerint exheredati. Hujus autem concessi vis observanda. Nempe hæc substitutio hereditate testamentum est filii, & hoc declarat, parentem liberis mente captis ita substituere posse, ut substituat bonis liberorum omnibus non suis tantum. Nam & id efficit conditio in secundum casum concepta in substitutione pupillari, & hanc ipsam significationem habet, quod dicitur testamentum, ut suo loco diximus. *L. sed si plures. §. ad substitutos. D. de vulg. Instit. de pup. in pr.* At rursum factione testamentum patris est hæc substitutio: pater enim facit. Quod eo pertinet, ne ii testamento præteriti possint oppugnare testamentum ut inofficiosum, qui de parentis testamento queri non possunt. Quod & cavetur hac constitutione, ut paulo ante verba constitutionis sum interpretatus. Ac res communis hæc est.

IV. Sunt & conditiones hujus substitutionis cum superiore communes tres.

V. Prima est, ut sint parentes, qui liberis mente captis hoc modo substituant, quod constitutione expressum est.

VI. Secunda, ut liberi, quibus substituitur, mortuo parente, qui substituit, sui juris futuri sint; id ipsum, quod & in substitutione liberorum impuberum exigitur. *L. 2. de vulg.* Hoc constitutione expressum non est, sed significatur eo, quod hæc substitutio testamentum est liberum, ut constitutio vocat. Inde enim intelligimus non posse hoc modo substitui liberis, nisi iis, qui possunt testamentum habere. Qui autem sunt in potestate alterius, hi ut testamentum habere non possunt, sic nec heredem ex testamento. *L. pen. L. ult. C. qui test. fac. pos.* Fac ergo, filium mente captum habere patrem, cujus in potestate est. Matrem substituere mente capto hoc genere substitutionis, ut potest: de quo mox. Dicendum est, mortua matre, si pater superstes sit, substitutionem evanescere: quis mente captus in potestate patris sit mansurus. Multo magis idem dicendum, si

avus

avus in hunc casum nepoti mente capto substituerit, deinde avus moriatur superstite filio, & nepote. Sic enim nepos recidit in potestatem patris. *Instit. quib. mod. jus pat. pot. sol.*

VII. Tertia conditio cum superiore substitutione communis est, ut pater prius sibi testamentum faciat, sitque id, ex quo deferatur, & adeatur hareditas, priusquam locus sit substitutioni. Alioqui nec substitutio valeat: iisdem tamen illis conditionibus, quibus substitutionem pupillarem hoc casu non valere, aut substineri diximus, cum de hac parte in ea substitutione ageremus. Ut quæ illic dicta sunt, valimus hic quoque omnia intelligi. Nihil horum expressum est constitutione Justiniani, sed intelliguntur ex eo, quod institutio permittit substituere liberis in secundum casum ad exemplum pupillaris substitutionis. In hujusmodi institutionibus ipsum illud substituere, quod lex permittit, hoc continet, ut prius debeat pater sibi testamantum facere. Significat enim debere patrem heredem alium instituere primo loco, sic deinde filio secundo loco, ut est substituti significatio, & definitio in *L.* 1. *D. de vulg.* Non exigitur autem, ut pater instituat istum heredem primum filio: quoniam permittitur tantum huic substitui. Ex quo intelligitur hoc exigi, ut pater sibi heredem istum instituat, ac sibi habeat. Quod si exigitur, simul exigitur & illud, ut instituat testamento, & eo quod valeat: quoniam aliter hereditas a defuncto non datur. *L. hereditas*, *C. de pac. con.* Denique hanc ipsam significationem esse verbi substituendi in hujusmodi substitutionibus, quæ fiunt liberis, diserte scriptum est in *L.* 2. *in fi. D. de vulg.* Sic enim illic Ulpianus: Quod igitur, inquit, dictum est, singulis liberorum substituere licere, ideo adjectum est, ut declaretur, non esse a filii testamanto incipiendum impuberis. Prius autam posuerat patrem debere a suo testamanto incipere; usque adeo, ut si patris testamentum non valeat, substitutio nulla sit. In §. *prius.* & deinceps.

VIII. Sed ut hæc communia cum superiore substitutione: ita, ne omnia congruere putemus, pleraque sunt dissimilia. Distant autem & personis, quibus substituitur, & conditionibus substitutionis quibusdam.

IX. In primis distant personæ, quibus fit substitutio, quod constat. Nam pupillaris substitutio fit liberis impuberibus sanæ mentis. Hæc mente captis etiam puberibus. §. *qua ratione. Inst. de pup.* Sed mentecaptos liberos asse oportat, quibus hoc genere substituitur, ut expressum est in *d.* §. *qua ratione.*

X. Mente capti quidam sunt sine furore; quidam cum furore, quos speciali vocabulo appellamus furiosos. Proinde ad illos quidem sine controversis, sed & [1] ad furiosus hæc constitutio pertinet. Et quidam ad hos multo magis: sive quia in acerbiore casu digni sunt majore commiseratione; quæ res facit, ut magis, aut æque in hac re illis prospici debeat: quod propositum fuit Justiniano, ut declaratur in *d.* §. *qua ratione*: sive quia verbum mente captorum in primis furiosus continet. Nam & hi sunt mente capti: nec furor accedens facit, ut minus tales sint, sed ut magis. Quod eo dicimus, quia distinguuntur mente capti a furiosis in *L. si furiosi. C. de nupt.* Sed distinguuntur ut species a genere. Mente capti genus est: hujus species furiosi. Non omnes mente capti furiosi: at omnes furiosi, iidem mente capti. Furiosorum numero habentur [2] prodigi in bonorum administratione. *L. his qui* §. *ult. D. de tut. & cur. dat.* Dicemus igitur, & his ut furiosis eoque & mente captis substituere licere: non solum humanitate, cujus constitutio meminit, ita suggerente: sed etiam ita postulante mente capti significatione.

XI. De mente captis liberis constitutio scripta est. Proinde ad liberos, qui sint sanæ mentis, non pertinet. Quid, si hi similiter sibi testamentum facere non possint: ut muti, & surdi? Verbis ne ad hos quidem pertinere constitutionem certum

tum

1) De differentia furiosi, & mente capti vid. Porcat. *Dial.* 33. n. 5. & quomodo a demente insano differat furiosus Barar. 3. *Conject.* 18. Furioso autem sic substitui posse communis omnium opinio est, solo Augelo in *L.* 43. *h. t.* reclamante Mansin. *in L.* 9. *C. h.* n. 83.

2) Ita & noster Don. *ad L.* 9. *C. h.* n. 5. Coras. *ibid.* n. 11. Duar. *h.* 1. *C.* 19. *in fin.* Et hæc sententia receptior, testantibus Gomezio 1. *Var. resol.* 6. n. 5. Trentacinq. P. 3. C. 4. n. 6. & Vasq. *ill. Contr.* C. 37. n. 8. qui tamen contra sentit, ut & Mansin. ad *d. L.* 9. n. 89. *& seqq.* & ex aliis rationibus, & ea maxime quia sic suo vivo commodum consequeretur prodigus. Cui enim pubere alio si prodigus non esset, substitui non posset, ei prodigo, posset: & sic, quod utile creditur, haberet heredem testamentarium. Quæ tamen ratio recte expensa nulla est. Quod enim hic dices commodum prodigi, quo careret, vitio eo liber. Quod heredem habet ex testamento, dicis, quod illi fecit pater. At, inquam, nisi esset prodigus, habere posset heredem ex testamento suo. Non enim facit hæc substitutio, ut filiusfamilias testatus decessisse videatur. Nam, si vivo patre, cujus in potestate est, decedat, non potest effectum sortiri substitutio: ne quidem in bonis, quæ plena proprietate illius, cui hæc substitutio facta est, fuerunt. Nam nec hæc valet, nisi adita ex testamento patris substituentis hereditate, nec adiri potest viventis, &c.

Digitized by Google

tum est. Sed nunquid ad eos sententia saltem constitutionis porriganda est? non enim hi magis testamentum sibi facere possunt, quam mente capti, & impuberes. Constat autem ideo primum introductam esse pupillarem substitutionem, quia videretur humanum esse, ut cum liberi per ætatem sibi testamentum facere non possent, parentes eis facerent. *Inst. de pup. subst. in pr.* Quod si in surdis & mutis eadem ratio est, quidni sententiam legis ad hos quoque porrigamus, statuamusque id, quod est juris certi, in quibus caussis eadem ratio est, etiam in his idem jus intelligi debere? *L. illud. D. ad leg. Aqui. L. non possunt & L. seq. D. de legi.* Et conveniret id admitti, nisi hic jus esset [3] singulare, constitutum contra rationem juris communis: ubi testator alienis bonis substituit, non suis contra legem duodecim tabularum. *L. verbis. D. de verb. sign. L. testandi. C. de testam.* Quod ita constitutum est, placet non esse producendum ad consequentias. *L. quod vero. & LL. 2. seqq. D. de legi.* Idque licet intelligere ex substitutione pupillari: quæ cum ab initio fuisset introducta, ut cum impuberes sibi testamentum facere non possent, parentes eis facerent: *Inst. de pup. in pr.* nemo tamen fuit ante constitutionem Justiniani, qui hoc jus propter similitudinem produceret ad liberos puberes mente captos. Unde & a Principe hoc impetrabatur in cæteris liberis, qui sibi testamentum facere non poterant, ut his parentes facerent. *L. ex facto D. de vulg.* ut propterea necessaria fuerit Justiniani constitutio, quo admitteretur jure communi eadem substitutio, in mente captis. Quapropter hæc recepta in mente captis dumtaxat, ad alios, in quibus eadem difficultas testandi sit, non pertinebit.

XII. Distant præterea hæ substitutiones certis conditionibus, & certis rebus quatuor: potestate parentum; institutione liberorum; conditione substitutionis propria, & persona substituti. Ex quibus potestas parentum detrahitur huic substitutioni: tres sequentes adjiciuntur præter formam, & naturam substitutionis pupillaris.

XIII. Potestate parentum ista hoc distant, quod parentibus ita permittitur substituere liberis impuberibus, si impuberes in potestate habeant. Mente captis omni modo, sive hi sint in potestate, sive non sint. Permittitur enim hoc fœminis, ut [4] matri, & aviæ. Constat autem fœminas liberos in potestate non habere. *§. fœminæ. Instit. de adopt.* Id initio constitutionis non satis est expressum: ubi generaliter quidem parentibus permittitur hoc genus substitutionis: ita, ut quod dicitur de parentibus, ex similitudine substitutionis pupillaris possit referri ad eos parentes tantum, qui habent liberos in potestate. Verum declaratur, quod dixi, in extremo, cum permittitur hæc substitutio parenti, qui, vel quæ testatur: testatori, vel testatrici. Quæ verba palam est ad utrunque sexum referri. Unde eveniet, ut si mente captus habeat eodem tempore patrem, matrem, avum, & aviam, omnes in ea caussa sint, ut possint huic filio heredem substituere in secundum casum ex hac lege. Et si quidem unus aliquis ex his solus testamentum fecerit mente capto: nihil proponitur, cur substitutio non valeat. At quid, si omnes substituere velint? Non licet; ne incipiat mente captus plura testamenta eodem tempore constituta habere. Quod jus non conceditur. *L. quærebatur, D. de test. mil.* Quid tamen si omnes testamentum dementi fecerint? Jam dixi simul omnia consistere non posse. Sed an unum saltem ex his valebit? Et putem unum saltem valere, cum uni testamento jus non adversetur. Cujus ergo valebit? Dicemus [5] probabiliter, si ex his parentibus unus sit, qui filium mente captum in potestate habeat, hujus judicium præferendum. Nam & id adfert patria potestas in substitutione pupillari: & par est plus ei tribui, in quem concurrunt naturalia sanguinis, & civilia potestatis jura. *arg. in §. sed hodie, in fi. Inst. de adop.* Sin omnes, qui dementi substituerunt, jure potestatis pares sint, quia nemo mente captum in potestate

3) Ita & noster *ad d. L. 9. n. 5.* Massin. *ibid. n.* 103. *& seqq.* Vasq. *ill. Controv.* 37. *n.* 11. Mattheac. *Epit. legat. lib.* 1. *C.* 13. *n.* 2. Dios. Mynsing. *in pr. l. h. n.* 5. P. Greg. 42. *Synt.* 56. *n.* 15. Gath. *in d. L.* 9.

4) Duaren. *h. t. C.* 18. At cur pupillariter nequit mater substituere? Resp. Duar. Pupillarem non ausi prudentes aperte contra jus matri permittere. Justiniani autem major auctoritas. Errat itaque Vult. *in pr. I. de pupill. n.* 5. negans, *d. L.* 9. ad matrem extendi debere. Potest autem fieri hæc & emancipatis, arg. ejus, quod mater potest: non tamen naturalibus liberis. Duar. *h. l. Cap.* 19. Coras. *ad L. 9. C. h. n.* 7. contra tamen Sichard. *ibid. n.* 6. Vasq. *ill. Contr.* 106. *n.* 125. *& seq.* & communiter DD. testante, & probante Massin. *in d. L. 9. n.* 129. Non tamen patri furioso a filio, Duaren. *d. C.* 19. Trentacinq. *Par.* 3. *L.* 3. *n.* 1. Massin. *ad d. L. 9. n.* 74. *& seqq.* ubi *n.* 81. dicit, alias sequi hoc absurdum, quod interdum filius, maxime si avicus esset, posset, immo deberet, se ipsum substituere.

5) Duar. *h. l. C.* 18. Coras. *ad. d. L. 9 n.* 6. Dios. Connan. 10. *Comm.* 8. *n.* 15. vide P. Greg. 42. *Synt.* 26. *n.* 7 *L.* Trentacinq. *Par.* 3 *C.* 3. *n.* 3. *& seqq.* & an si facta sit substitutio a matre adhuc vidua, finiatur ejus secundis nuptiis, Massin. *ad d. L. 9. n.* 185. *& seqq.* ubi hoc recte negat.

state habeat, tum rationem facere, ut judicium patris materno, & qui propiores sunt gradu, præferantur remotioribus, nisi quid admodum sit in conditione patris, cur is præferri non debeat. Quod judici æstimandum erit. Argumentum in *L.* 2. §. *objicitur*, *D. ad Tertyl.*

XIV. Sane de matre hic recte vulgo præcipitur, matrem viduam ita demum substituere posse filio dementi, si non venerit [6] ad secundas nuptias. Ei autem, quæ vitricum induxerit filio, non permitti hoc modo substituere. Hoc argumento, quod ei mulieri denegatur legibus bonorum filii administratio. *L. lex quæ*, §. *pen. C. de adm. tut. L.* 1. *C. ubi pup. ed deb.* Quod si administratio sola: multo magis ut possit de bonis ipsis filii statuere, quod facit in hac substitutione parens filio heredem inducendo.

XV. Sed cur non itam hic exigitur, ut liberi sint in potestate parentis: cum substitutio sit introducta ad exemplum pupillaris substitutionis? non alia ratio hic quærenda est, quam voluntas constituentis. Alioqui quæremus etiam, cur Justinianus permisarit tantum substitutionem hanc in mente captis, non in surdis, & mutis. Item cur sequentes conditiones adjecerit in hac substitutione, quæ non requiruntur in substitutione pupillari. Et res ita habet: quod permittitur parentibus hæc substitutio, beneficium est Justiniani. Licet unicuique beneficio suo eum modum statuere, quem velit.

XVI. Distant hæ substitutiones institutiona liberorum. Liberis namque impuberibus substituere licet: sive instituti sint, sive exheredati. §. *non solum. Instit. de pub.* Mente captis non licet [7] nisi heredibus institutis, & [8] legitima portione eis relicta. Ne hoc quidem satis expressum constitutione, sed afficitur his verbis, quibus permittitur parentibus substituere liberis legitima portione eis relicta. Inest enim in his verbis hæc conditio, si legitima portio eis relicta sit. Vis hæc ablativorum absolute positorum, ut resolvantur in orationem conditionalem. *L. n tastatore. D. de cond. & dem.* Hac conditione non exigebatur olim, ut instituerentur liberi heredes: quoniam ad vitandam inofficiosi querelam potuit legitima quovis titulo relinqui. *L. Papinianus.* §. *si quis mortis. D. de inoff. test.* Hodie nisi institutis non recte relinquitur ex posteriore constitutione Justiniani, *Novel. ut cum de appell. cog.* §. *aliud quoque.* Quod cum ita nunc jus sit, posteriorem hanc constitutionem ad priorem illam, de qua agimus, trahi oportet, & eam sic intelligi, quasi dictum esset, si liberi heredes instituti sint, & simul portio tota legitima his relicta. Sic enim jus est, ut placeat priores leges ad posteriores, & posteriores ad priores trahi, quo sibi ab aliis interpretationem, & temperamentum accipiant. *L. non est novum. L. sed & posteriores. D. de legi.* Plane si parentes, liberis exheredatis, nihilominus his legitimam portionem reliquerunt, legi Justiniani satisfactum est, & substitutio valebit. Utcunque est, saltem superioribus verbis hoc efficitur, ad vim hujus substitutionis relinqui oportere liberis, quibus substituitur, legitimam portionem. Quid si pater totam legitimam illis non reliquerit? Verius est substitutionem non valere ex hac lege. Quidquid enim conceditur sub conditione, ut hæc substitutio parentibus: sub contraria conditione denegari intelligitur: nihil ut intersit, utrum ita dicam: concedo, si legitima portio his relicta sit; an vero, si legitima portio relicta non sit, non concedo. *L. quibus.* §. 2. *D. de cond. & dem.* Non moveor, quod constitutum est *L. omnimodo. C. de inoff. testa.* ut si filius institutus sit ex minima parte, valeat institutio, quasi tota legitima portione relicta: quoniam eadem constitutione potestas fiat agendi ad reliquum legitimæ, quo ea impleatur ex lege. Sane enim valet hoc modo institutio, & relictum filio, sed non ideo institutio facta ei, cui legitima ipsa relicta non sit. Institutio valet quia jus hanc tuetur. *d. L. omnimodo.* Non valet substitutio, quia est adversus *L. humanitatis. C. de imp. & al. subst.* quæ hoc exigit ad substitutionem, ut liberis relicta sit legitima portio. Quidquid autem lex constituerit de legitima portione supplenda, effeceritque ut filius eam habaret: poterit dici, eam portionem haberi a filio: at illud dici non potest, eam esse relictam: quod lex exigit.

XVII. Differunt substitutiones conditione, propria utriusque substitutiones. Convenit substitutioni pupillari hæc conditio, si filius impubes decesserit: quandoqui-

6) Quia cum verba legis deficiunt, confugiendum ad juris rationem. Excipitur tamen nisi mater in bonis suis substituat Duar. *h. t. Cap.* 18. vid. Connan. 10. *Conun.* 8. *n.* 15.

7) Diss. Forcat, *Dial.* 35. n. 5. Vasq. *ill. Contr.* 106. Massin. *ad. d. L.* 9. *n.* 149. *& seq.*

8) Ita & noster *ad d. L.* 9. *n.* 8. Contra Massin. *d. loc.* n. 143. *& seqq.* de communi attestans.

doquidem non nisi impuberi substituitur. Substitutioni mente capti conveniens conditio hæc, *si mente captus decesserit*: quando & hic non substituitur nisi mente capto. Hæc conditio modum substitutioni facit. Ut igitur finitur pupillaris substitutio pubertate; sic substitutio mente capti [9] resipiscentia. §. *qua ratione Inst. de pup.* Hinc dubitatio ex verbis legis. Quid [10] enim, si filius mente captus, cui substitutus datus erat, resipuerit primo, deinde in eamdam alienationem mentis reciderit? dicemusve evanuisse substitutionem, quia verum sit semel filium resipuisse, quod ex constitutione satis est, ut finiatur substitutio: an vero hanc valere, quia filius decesserit mente captus, quæ conditio erat substitutionis? Et si filius moriente patre testatore sit adhuc sanæ mentis, aperte evanuit substitutio, quantumvis postea in eumdem morbum incidat, in quo & decedat. Ut enim in pupillari substitutione ad vim substitutionis non est satis impuberem esse impuberem, & in potestate patris tunc, cum fit substitutio: sed & tempore quoque mortis patris talem esse oportet; alioqui substitutio fit irrita. *L. coheredi. §. cum filiæ. D. de vulg.* Sic in substitutione mente capti, quæ fieri non potest nisi mente capto, nisi mortis quoque patris tempore filius sit mente captus, quo dici possit, patrem substituisse mente capto; substitutionem irritam esse oportet. Quod, si vivo patre, hæc contigerint, ut filius & resipisceret; & rursum, in eamdem alienationem incideret: magis est, ut valeat substitutio. Vere enim dicetur, eum efficaciter non resipuisse, qui ita resipuit, ut postea morbus recurreret. Verba autem in legibus cum effectu accipienda sunt. *L. 1. D. quod. quis. jur.* Præterea in persona haredis, cum exigitur, aut sit cum eo testamenti factio; satis est esse duobus temporibus vivo testatore; & quo testatur, & quo moritur: mediis autem temporibus mutatam esse conditionem heredis nihil nocet: *L. si alienum. §. 1. L. 6. solemus. D. de hered. inst.* Sic in hac substitutione, cum in persona filii exigitur, ut sit mente captus, quo valeat substitutio: sufficiet ad eam rem duobus temporibus filium esse mente captum; quo pater substituit, & quo moritur: nec media tempora nocebunt.

XVIII. Hoc tamen sic accipiemus, nisi filius per id tempus, quo erat sanæ mentis, testamentum fecerit. Constat enim, id testamentum ab initio valere, & quod semel recte factum est, furore postea incidente non perimi. §. *furiosi. Inst. quib. non est per. fac. test.* Quod si id testamentum valet, necesse est evanescere testamentum, quod pater ei fecit. Nemo enim duobus diversis testamentis decedere potest jure communi. *L. quærebatur. D. de test. mil.* Nisi forte quis putat, si unum ex his infirmandum est, potius retineri debere substitutionem a patra factam. Quod defendi non potest: sive quod posteriore testamento recte facto rumpitur prius. *L. 1. L. 2. D. de injust. rupt. testam.* Sive quod non potest valere substitutio, quin auferatur homini sanæ mentis aa potestas testandi, qua prius jure est usus. Hoc autem, iniquum, & minime jure civili conveniens. *L. ex facto. in pr. D. de vulg.*

XIX. Postremo distant hæ substitutiones conditione substituti. Nam si mente capti, quibus substituitur, liberos habent, hi substituendi sunt. Si sine liberis habent fratres, & hi substituendi. Quibus omnibus non exstantibus, licet substituere quoslibet, ut constitutione expressum est; cum in substitutione pupillari liceat quosvis substituere filio, ut præterito etiam fratre impuberis, nulla sit ei querela adversus testamentum fratris. *L. Papinianus, §. sed impuberis, D. de inofficios. testament.* Illud notandum, quod in constitutiona adjicitur, si plures sint liberi, aut plures fratres mente capto; non esse necesse omnes mente capto substituere: satis esse substituere [11] vel unum ex illis, ut substitutio valeat. Quod eam significationam habet, ut valeat, quamvis reliqui, qui substituti non sunt, non sint exheredati. Non enim de reliquis exheredandis quidquam constitutione exprimitur. Hoc amplius & eos impune præteriri hoc ipso vult constitutio, quod adversus eam substitutionem querelam inofficiosi denegat. Nam, quibus daretur hæc querela, nisi libaris prætaritis, aut immerito exheredatis, interdum & fratribus? *L. 1. 2. 3. D. de inoffic. testam.* Nec quem moverit, quod præteritis liberis, id est, neque institutis heredibus, neque exheredа-

9) Item susceptis liberis post substitutionem *L. 43. Pr. h. l.* Duar. *h. t. C.* 21. Massin. *in d. L.* 9. *n.* 50. *& n.* 165. *& seq.*

10) Vid. Forrst. *dial.* 32. *n.* 3. *&* 4. Corr. *in L.* 9. *C. h. n.* 18. Massin. *ibid. n.* 150. *& seqq.* ubi *n.* 164. eodem fere modo distinguit.

11) Ita & noster ad *d. L.* 9. *n.* 9. & Massin. *n.* 198. *& seqq.* Sed dura hæc, & nullatenus amplectenda sententia. Sic enim adversus patris casus filiis eo magis luctuosus esse poterit; & constitutio Justiniani humanitate innitens, ad iniquitatem trahetur. Verior igitur est contraria opinio, eademque ut humanior, & æquior, ita receptior, quam confirmat Trentacinq. *Par.* 3. *C.* 5. *n.* 5.

redatis, testamentum patris nullius momenti est, si liberi sint in potestate patris. *L. inter. D. de libe. & post. Instit. de exhered. lib. in princ.* Hoc enim jus ad ea testamenta pertinet, quæ pater ipse fecit, & cujus injuria plectitur, quod filios non instituerit, aut exheredarit. *Instit. de exhered. lib. in pr.* Hic autem ita menta capti patris testamentum est, ut tamen avus, idemque pater mente capti ei fecerit; ut factione, & injuria, si qua hic est, testamentum sit avi, non mente capti filii. Quamobrem etiam placet, hujusmodi testamenta aliorum præteritione non infirmari. *L. Papinianus*, §. *sed nec*, *D. de inoffic. testa.* Atque hæ res sunt, quibus constat potestas hujus substitutioois. Ex qoa intelligimus quid bie parenti liceat, & ubi valeat substitutio.

XX. Reliquum est ad deferendam ex hac substitutione hereditatem itidem ut in aliis institutionibus, & substitutionibus, ut quæratur de volontate, & facto parentis substituentis, an substitutio hic facta sit, tum inde quid, cui, & quando deferatur. Qua in parte omnia eadem citra exceptionem servanda sunt, quæ in pupillari substitutione diximus. Si exprimitur verbis substitutio, eodem modo exprimitur; puta aut expressa conditione substitotionis, aut verbo generali substituo: eademque bie verborum interpretatio futura est. Si non exprimitur, puto [12] intelligi eadem illa conditione, si pater filio mente capto in primum easum substituit hoc modo, si filius heres non erit, Titius heres esto. In hunc casum substitutus impuberi, etiam in alterum substitutus videtur, ut est constitutum. *L. 4. D. de vulg.* Proinde eodem casu expresso in substitutione mente capti, similiter & alterum contineri intelligeodum est, ubi & voluntas patris erga filium, & utilitas filii in substitutione eamdem admittunt Interpretationem. Sed & hoc prioribus legibus inesse creditur, ut ad eas quoque personas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erunt. *L. ideo quia*; *D. de legi.* Nihil ad rem pertinet, quod placet id quod contra rationem juris communis introductum est, non esse producendum ad consequentias. *L. quod vero*, *D. de legi.* Esto enim, ipsa substitutio pupillaris sit adversus rationem juris communis introducta: quia hic statuitur de alieuis bonis, contra legem duodecim tabularum, & jus commune aliorum civium Romanorum. Quam ob caussam etiam concedo noo esse trahendam ad exemplum in aliis, qui similiter ut impuberes testari non possunt. Unde etiam, ut admitteretur, aperta constitutione Justiniani id permittentis opus fuisse videmus. At certe illud non est jus singulare, nec contra rationem juris constitutum, quod placet, primum casum sobstitutionis expressum porrigi ad alterum in substitutione pupillari: sed continet naturalem interpretationem, & coojecturam voluntatis. Verisimile est enim, patrem, qui in primum casum substituit filio impuberi, velle etiam eumdem & in alterum casum substitutum filio, ob eas caussas, quas reddidimus supra io hac parte substitutionis pupillaris. Atque hanc conjecturam Imperatores constitutione sua confirmarunt.

XXI. Defertur ex hac substitutione hereditas substitoto. In quo cum iisdem verbis designentur, vocenturque substituti, quibus in substitutione pupillari, aut in aliis solent, nimirum bie eadem & verborum interpretatio futura est, quæ illic est tradita.

XXII. Defertur hinc substituto heereditas non patris, sed filii mente capti: id est omnia bona filii, non tantum quæ a patre habuit, sed etiam quæ ad illum pervenerant aliunde. Non exprimitor hoc constitutione: sed satis intelligitur ex eo quod substitutio vocatur testamentom filii, & ex aliis rebus, de quibus dixi initio.

XXIII. Quando hinc deferatur hereditas conditio ostendit. Tunc enim defertur, cum conditio exstiterit. Ea aotem est, si liberi mente capti heredes erunt, & mente capti decesserint. Qoorum prius supra expositom est tum in vulgari, tum io pupillari substitutione. Posterius per se patet natura.

CAP.

12) Exemplarem tacitam præsumptam vocat. Mantin. *bt. d. L. 9. n. 28.* ubi *n. 29.* aliam statuit tacitam probatam, eo casu, quo duo filii, unus impubes, alter pubes sibi invicem substituti, quando alter conjecturis probat, hanc fuisse patris mentem, licet præsumptæ eo casu locus non sit *L. 4. §. 2. h. t.* filii impuberi hæc fiat. (fieri autem posse probant quoque Duar. *h. t. C. 19.* Forcat. *Dial. 32, n. 1.*) etiam tacitam pupillarem in ea contineri, Mantin. *d. loc. n. 44. & seq.*

Digitized by Google

CAP. XXVIII.

De testamento militari. Privilegio id donatum esse, ut quocunque modo miles testatus sit, ita ratum sit testamentum. Beneficium hoc quale, & quam liberum: Quibus militibus tributum: Qua conditione: De quibus bonis.

Epilogus, & transitio. I.

Uti quisque miles in expeditione occupatus de bonis suis testatus, ita jus, ratumque esse. Quare. II.

In hac definitione quatuor spectanda. III.

Qualemcunque voluntatem supremam militis ratam haberi. Hoc obscurius, quia brevius. Ut esset certius, quid veteres, quid Auctor fecerit. IV.

Quæ de testamentis jure communi cauta sint, ea remissa militibus quibuscunque: etiam mutis, & surdis, & de statu suo dubitantibus. Itidem filiis familias; nec non damnatis capite, dummodo ex militari delicto. Non item pupillis. V. VI.

Quid si miles inceptum jure communi testamentum non perfecerit. VII.

De voluntate militis constare debere vel scripto ejus qualicunque, vel duobus saltem testibus. VIII.

Militi sive jure, sive injuria liberos exheredare licere; item præterire, si sciat, se habere. Secus si ignoret. IX.

Ad infirmandum testamentum solam militis voluntatem sufficere. Eo invito, præter quam ex maxima, & media capitis deminutione, nullo modo infirmari; ne alio quidem testamento postea facto, si & prius valere velle declaret. X.

Miles etiam eos, quibus cum testamenti factio non sit, instituere potest: excepto servo pœnæ. XI.

Item ex re certa, vel ex die, vel ad diem, aut conditionem. XII. XIV.

Quantum cuique heredi ab initio dederit, tantum illos habere: nihil amplius; ne ex eventu quidem. XIII.

Potest cum extraneis directo in secundum casum, & ad certum tempus substituere; tum filio quamvis sibi prius testamentum non fecerit. XV. XVI.

Item ultra dodrantem legare. XVII.

Hæc militibus concessa dum nihil statuant contra jus, & bonos mores. XVIII.

Tria uti turpia improbari. XIX.

Institutiones captatoriæ. XX.

Datum ei mulieri, in quam turpis suspicio cadat; & quatenus. XXI.

Turpis conditio institutioni, aut legato adjecta. Quo in numero & jurisjurandi conditio. XXII.

Contra jus esse, militem de alienis bonis statuere; ab eoque substituto legare, quem dederit exheredato filio impuberi, huic licet ampla legata reliquisset. Quatenus ei in secundum casum substituere permissum. XXIII.

Item tutorem dare aut filio, qui in potestate avi; aut nepoti in potestatem filii recasuro. XXIV.

Demum in fraudem creditorum manumittere; fundum dotale legare. XXV.

Militum genera duo: quosdam, qui tueantur rempublicam armis; quosdam aliter sine armis. XXVI.

Priores proprio milites. XXVII.

Posteriores per similitudinem quandam priorum. Hi qui sint. XXVIII.

Ne hi quidem penitus in hoc genere sine privilegio. Duo data; & quæ nam. XXIX.

At liberum testandi jus solis prioris generis militibus tributum. XXX.

Quare. XXXI.

Quando milites esse incipiant, & quamdiu maneant. Eos desinere esse duobus modis, & quibus XXXII.

Ad confirmationem testamenti militaris, oportere ut miles fecerit, & ut maneat testamentum militis. Quid si quod fecerat, postea miles factus dicto aliquo, vel facto probarit: puta aliquid ei adjiciendo, vel detrahendo. Interpretatio §. testamentum, L. in fraudem, D. de testam. milit. XXXIII. XXXIV.

Post missionem factum non valere ne quidem ad annum. XXXV.

A milite factum, valere post missionem intra annum tantum. XXXVI.

Hoc anni spatium his solis datum, qui missi sunt militia. XXXVII.

Non tamen ob quamcunque missionem, sed honestam, & caussariam. XXXVIII.

Quid si intra annum quis decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum extiterit. XXXIX.

Ut hoc privilegio milites utantur, re-

quiri

Digitized by Google

I. HUcusque exposita est ratio deferendæ testamento hereditatis jure communi, & directo. Est autem hæc summa: Voluntate ejus, de cujus bonis agitur, hereditatem jure commoni deferri testamento. Deferri non quovis, sed justo. Justum esse, in quo eæ leges ordinationis servatæ sint, quas jus præscribit, & de quibus ordine diximus. Si tamen hoc etiam accesserit, ut testamentum recte factum ad extremum ita duraret. Id ita fieri, si noo infirmetur iis modis, quibus jure testamenta infirmari solent. Testamento ita constituto, deferri ex eo hereditatem voluntate testatoris heredibus eo testamento institutis, aut substitutis. Utrumque ita, si modo instituti sint, & substituti heredes pro ea potestate, quæ hic testatoribus jure communi permissa est. Deferri autem prout in hac potestate voluntas erit testatoris: omniaque in eo ad factum, & voluntatem testatoris dirigenda, cum quæritur, ubi sit institutio; tum ex ea quid, quantumve, cui deferatur, & quando. Et hactenus oratio oostra progressa est io hac delatione. Est autem, ut dixi, hæc ratio tota ex jure communi, eadem eodem jure adstricta certis legibus, quas licuit animadvertere tum in testamentis ordinandis, tum in his infirmandis, tum in institutionibus, & substitutionibus heredum. Estque communis omnium civium Romanorum, necessaria in paganis, id est iis omnibus, qui milites non sunt. Quibus & hoc jus statuitur ad deferendam testamento hereditatem. §. 1. §. *sed hactenus*, *Inst. de mil. test.*

II. Alia est potestas deferendæ hereditatis tributa militibus, nempe libera. Ex qua militare testamentum, genus alterum testamenti initio a nobis propositum. Juris de hac re constituti summa fere hæc est: uti quisque miles in expeditione occupatus de bonis suis testatus erit, ita jus, ratumque esse. *L.* 1. *D. eod. L.* 1. *L.* 3. *C. eod.* Tributum militibus partim præmii loco, ad remunerandam egregiam operam, quam navant Reipublicæ: *L. testamenta, D. eod.* partim propter [1] imperitiam juris, quæ in militibus est, & ea probabilis. *Instit. de test. mil. in prin. L. ultim. in prin. C. de jur. del.* Quæ in coustitutionibus appellator simplicitas. *d. L.* 1. *D. eo. L.* 3. *C. eod.*

III. Quid sit hujus beneficii, ita plane intelligemus, si, partibus superioris definitionis observatis, dixerimus explicatius, quid sit juris io singulis. Sunt autem quatuor ex superiore definitione, quæ specteotur, quibus & constat definitio. Primum, ipsum hoc beneficium, & privilegium militum quale sit, & quam liberum. Alterum, quibus tribuatur. Tertium, quando, quave conditione. Postremum de quibus bonis.

IV. Beneficium id, quod dixi; qualemcunque voluntatem sopremam militis ratam haberi. Hoc obscurius, quia brevius: & in singulis partibus testamenti potest dubitationem babere. Ideo ut esset certius, iverunt veteres Jurisconsulti per omnes partes justi testamenti, & ad singulas hoc ipsum jus accommodantes, docuerunt in singulis, milites ab omoi observatione juris communis esse liberos. Quod & nobis cum ad explicationem eorum, quæ hic a veteribus tradita sunt, tum

[1]) Ita & Don. noster *ad rub. C. h. n.* 20. *& seq.* Est quidem & imperitia eadem in rusticis; sed illis otium est peritiores consulendi *L.* 2. §. *ult. Quis ordo in bon. poss. ser.* Coras. 5. *Misc.* 22. n. 1. Vigl. *in pr. I. h. n.* 8. nec causa est hujus beneficii imperitia simpliciter: sed quæ ex armorum occupatione procedit. Bocer. *Lib.* 1. *de Jure belli. C.* 21. Rotom. *in pr. I. h. t.* Causa inquit gemina est, nec sola simplicitas, sed & periculorum functio. Unde & qui in iisdem periculis, in quibus milites; eodem enim jure uti possunt *L. ult. h. t.* Et milites ipsi extra castra, & pericula dum sunt, nequeunt *L. pen. C. h. t.* vid. & P. Greg. 42. *Synt.* 6. *n.* 30.

tum ad certitudinem præceptionis faciendum est.

V. In omni testsmento tria hæc spectantur jure communi ad vim testamenti, & rectam delationem hereditatis; ordinatio testamenti; ejus infirmatio, ne testamentum in eam incidat; & quæ testamento continentur de voluntate testatoris, ut institutiones heredum, & substitutiones, item legata, & similia. In recta ordinatione rursum hæc, quibus & constat hæc institutio atque ordinatio: persona testantis; testandi modus; seu solemnia testamenti; tum liberorum ac similium institutiones, aut exheredationes, & institutio heredis. Hæc omnia militibus libera, ut quæ de his cauta sunt jure communi, liceat militibus servare, si velint: his omissis nihilo secius recte testentur.

VI. Quæcunque erit persona militis, etiam si ex genere eorum, qui jure communi testamentum facere non possunt, si miles fecerit testamentum, valet: ut si sit [a] mutus, & surdus: *L. 4. D. eod. §. quinimo, Instit. eod.* si de statu suo dubitet: *L. ex militari, §. 1. D. eod.* si filiusfamilias. *Inst. quibus non est per. fac. testam. in princ.* Atque adeo si sit deportatus, aut damnatus capitis, dum damnatus ex militari delicto. *L. ex militari. in princ. L. si quis filio. §. irritum, D. de injust. rupt. testa.* Tantum hoc denegatum pupillis, si forte relati sint in numerum militum, etiamsi ad [3] tribunatus honorem evecti sint. Idque propter infirmitatem judicii, quod suprema testatio desiderat. *L. ult. C. eod.*

VII. Solemnia testamenti impune contemnit miles. *Instit. eod. in princ. L. 3. C. eod.* Quid tamen si destinaverit communi jure testari, & ante defecerit, quam perficeret? placet non eo minus jure militari valere, quod voluit: quia non videatur, qui voluit jure communi testari, statim beneficio militari renuntiasse. *L. 3. D. eod.*

VIII. Hactenus tamen sine ullis solemnibus valet testamentum militis, ut hoc prius constare debeat, testamentum ab eo factum esse. Quod fiet vel scripto militis qualicunque, quod constet ab eo profectum; vel sine scripto idoneis testibus. *L. Divus, D. eod. §. plane. Instit. eod.* Quam ad rem ex regula communi duo testes sufficient. Duo tamen ut minimum necessarii. *L. ubi, D. de test.*

IX. Miles si liberos habet, & scit se habere, præterit impune: multoque magis seu jure, seu injuria exheredat. Et præteritio pro exheredatione, & exheredatio quævis pro justa exheredatione est. *L. sicut. L. si eum, C. eod.* Ex quo est, quod placuit testamenta militum non subjici querelæ inofficiosi testamenti, etiam si præteritus sit filius, qui idem sit miles. *L. si instituta §. de inofficioso. D. de inofficios. testament. L. ultim. in prin. C. eod.* Eademque ex re nec datur bonorum possessio contra tabulas testamenti militis. *L. nam in bona. D. eod.* Sed hoc, inquam, ita, si scit miles, se liberos habere. Si ignorat, jus commune est *d. L. sicut L. si eum. C. eod. L. militis. §. miles ordinandi, D. eod.* Non enim potest videri de iis removendis cogitasse, qui an haberet, ignoravit: argument. *in L. mater. versi. cæterum, D. de inoffic. testa.* Quod & ipsum tamen dictum accipiemus in voluntate obscura militis. Alioqui si is, qui ignorabat uxorem prægnantem, aut alios filios se habere, hoc animo fuit, ut vellet, quisquis sibi esset filius, aut sibi nasceretur postea, exheredem esse; volun-

a) Videtur noster *d. L. 4.* accipere de natura muto, dum recenset inter jure communi intestabiles. Mutus, & surdus rem jure communi testari potest *L. 10. C. qui test. fac.* uti & aparte accipit Zoanet. *Tr. de Rom imperio n. 7.* & Vasqu. *Lib. 1. de Success. progressu §. 1. n. 169. & 3. Ill. contr. 103. n. 3.* lapsu conspicuo. Nam qui hoc naturali vitio laborat, militare nequit. Quomodo enim nomen dabit militiæ, juramentum præstabit; tubæ sonum audiet? Et si hoc vitium accedens militi, causa est missionis *L. 15. §. 4. de re milit.* magis notivum ab initio recipi impediet, maxime cum hujusmodi mutus judicio, ac intellectu carere dicatur *L. 21. §. 2. vers. natura de judic. L. 85. §. pen. in fin. ad Trebell.* Vigl. & Vult. *in §. 2. I. h. t.* & Bocer. *Lib. 2. de Jure belli C. 21.* At quid sic præcipuum habebit miles mutus redditus? Duar. *d. C. 4.* & Pac 5. *Q. 94.* Resp. jure veteri ante *L. 10 C. Qui test. fac.* non potuisse testari paganos, loquela amissa, nisi indoltu principis *L. 7. D. Qui test. fac.* milites potuisse *d. L. 4.* Bocer. *d. C. 21.* hunc militem etsi litteras non calleat, testari posse solo nutu, quod pagano non licet. Quod non placet per *not. sup. cap. 5. N. 14.* Recte Vult. *in §. 2. I. h. t. n. 2.* hoc speciale esse, quod jure militari testari licet, ubi ratio dubii quia bello factus inutilis, mox dimittendus. Quod autem proxime fieri debet sæpe pro facto est, & ut vulgo, cingendus pro cincto habetur. *L. pen. h. t.*

3) Tribunatus ille nomen honoris erat, non officii administrationis, ideoque ejus capax pupillus, Corns 5. *Misc. 22. n. 2. & 3.* & P. Fab. *ad L. 2. de R. I. n. 14.* fuisse imaginariæ militiæ genus, quod vocatur super numerum, de quo Sveton. *in Claud. Cap. 25.* nudam sine administratione dignitatem, quæ & impuberi, illustri familia natu, tribuebatur. Cujac. *17. Obs. 36.* & *ad L. 8. & seqq. de excus. tut.* Dissentit Rav. *4. Var. 8.* putans, tribunum numerorum fuisse eundem cum tribuno militum: nec unquam id munus pupillo delatum, ideo *in d. L. ultim.* pro *tribunatum* reponit. *in tribunatu,* & *ad L. 2. §. 2. de R. I.* dicit, duobus manuscriptis suam lectionem confirmari. Sed non credibile est, unquam impuberes stipendia militaria meruisse. Ætas enim ea oneribus militiæ ferendis impar. Facilius honores militares mandari potuerunt, in quibus vicarios, & adjutores habere liceret. Govean. *ad L. 2. §. 5. de Vulg. n. 15.* Cujac. *d. C. 36.* Dauth. *de Testam. n. 145.* Aliter Ant. August. *Lib. sing. ad Modestin. pag. 270. in explic. L. 8. §. 7. de Excusat.*

voluntas certa faciet, ut & testamentum, filiis jam natis: valeat, nec agnatione postumi postea rumpatur. *L. qui jure*, 7. *D. eod.*

X. Infirmatio quoque testamenti tota pendet ex una militis potestate, nec quidquam hic nocet adversus voluntatem. Meminimus jure communi testamenta ita infirmari, ut nihil hic per se voluntas testatoris valeat, vel ad ratinendum testamentum, vel ad repudiandum. Multis enim modis infirmari, etiam si testator nolit. Ut autem velit infirmatum, non tamen rescindi, nisi quid aliud fecerit: puta aut ruperit, cancellaverit tabulas, aut aliud testamentum fecerit. Hæc contra in milite. Si miles testamentum suum irritum esse non vult, nullus casus postea interveniens testamentum infirmabit. Non rumpitur agnatione postumi; si quidem scivit, cum postumum præteriit, uxorem prægnantem esse. *L. qui jure*, 7. *D. eod.* Alioqui contra: nisi postumo nato se vivo, maluit eodem testamento durante, decedere. *L. militis*, §. *miles in L. idemque*, 9. *D. eod.* Absolute autem non rumpitur quasi agnatione, si vel postea arrogavit filium, vel nepos præteritus successit in locum filii. *L. idem est*, 8. *D. eod.* Non rumpitur prius testamentum militis alio testamento postea facto, si declaret miles, se & prius valere velle. Denique militi licet plura testamenta facere, ut quidquid in his voluit, nec mutavit, valeat. *L. quærebatur*, *D. eod.* Militis testamentum capitis diminutione militis non fit irritum. Veluti si filiusfamilias in [4] adoptionem datus sit a patre, aut paterfamilias cum esset, se arrogandum dederit. *L. miles filiusfamilias*, 22. *L. idem seq. D. eo.* Quod tamen in caussis receptum est sine ulla recenti confirmatione testamenti, propterea quod his modis capite minutus filiusfamilias bona castrensia, de quibus testatus est, retinet, atque in his solum obtinet testamentum filiifamilias militis, ut postea dicetur. Diversum est, si maxima aut media capitis diminutione minutus sit, damnatus nimirum capitis. Nam hoc modo statim testamentum ejus fit irritum, ut qui bona, quæ damnatione publicantur, habere desierit, aut ita desierit habere, ut de his testamentum facere non posset, de quo dixi supra hujus Lib. Cap. XVI. Sed eidem permitti solet jure militari testari de bonis castrensibus. Quæ res facit, ut, quemadmodum ex integro testamentum facere potest; ita, si ante damnationem factum velit valere, valeat; sed hoc exigitur, ut velit, quo recenti voluntate redeat testamentum. Hæc in *L. si quis filio*, §. *irritum*, *D. de jur. rup.* E converso si vult testamentum a se factum non valere: sicut nuda voluntate facere potest, ita & mutare. Et mox si valere voluerit, redibit ex suprema voluntate. *L. in fraudem*, §. 1. *D. eod.*

XI. Veniamus ad ea, quæ testamento continentur. Ubique jus idem. In recta institutione heredis jure communi spectatur, primum persona heredis instituti, ut sit cum eo testamenti factio; tum testandi modus, ne testator heredem instituat, pro parte vel rerum, vel temporis, quo pro parte decedat testatus, pro parte intestatus. Nihil horum in testamento militis. Etiam deportati, & qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt. *L. idem est*, 13. §. 1. *D. eod.* Excipitur ibidem servus pœnæ, quo instituto, institutio non valet. Quod non accidit singulari aliquo jure, quo videatur hic militi esse eximendus; sed conditione instituti, qui suapte conditione nihil potest acquirere. Non enim potest sibi, qui servus est, & nihil suum habere potest. *L. acquiruntur*, §. 1. *D. de acquirend. rer. dom.* Non ex persona domini, quia is dominum non habet. Est enim servus pœnæ, non Cæsaris. *L.* 3. *D. de his, quæ pro non scrip. hab. L. sunt quidam*, *D. de pœn.*

XII. Miles heredem ex [5] re certa recte instituit, ut de reliquis bonis intelligatur decessisse intestatus, pertineantque ea ad legitimos heredes. *L. si miles*, 6. *D. eod. L.* 1. & 2. *C. eod.*

XIII.

4) §. *denique* 5. *L. h. t.* ubi Vult. rationem reddit, quia capitis deminutio civilis non perimit testamentum militis, quod est juris gentium. Nullo vero ceu videtur eidem in §. 4. *I. Quib. mod. infirm.* repugnantia in *d.* §. 5. in eo, quod dicitur, quasi ex nova militis voluntate valere, & tamen irritum non fieri. Multo minus autem quidquam dissidii, nedum aperta antinomia est inter *L.* 8. §. *ult. de inj. rupto* & *L.* 22. *D. h. t.* Inquit Vult. Si non fit irritum *d. L.* 6. §. *ult.* quid nova voluntate opus *d. L.* 22. *d.* § 5. Resp. Neutrobique requiritur novæ voluntatis testatio, sed asseritur valere quasi ex nova voluntate: id est perinde ac si nova voluntas intervenisset. Et ita fingi necesse ad id ipsum, ne fiat irritum, quia per capitis diminutionem status, & persona mutatur; videturque quodammodo alius homo fieri: proptereaque voluntas finiri, maxime mediæ jurisprudentiæ ætate vigentibus adhuc emancipationis, & adoptionis rationibus

5) *L.* 16. §. 8. *ad Treb.* ut in aliis succedant legitimi. Si tamen uxorem ex uncia, filiam ex duabus instituit, totam illæ hereditatem capiunt *L.* 3. *C. h. t.* quia tunc videtur assem in tres partes divisisse Duar. *h. t.* C 6. Donell. noster *ad d. L.* 3. Nec recte ex. *d. l.* 3 inferant DD. quos refert Bocer. *Lib.* 1. *de Jure belli C.* 23. & Zoan. *Tr. de Rom. Imperio n.* 37 & *seqq.* militem in dubio censendum testari voluisse jure communi. Immo contra: quia creditur, nescire observationem solemnem testationis communis, Duar. *h. t.* C. 3. *p.* 428 Zoan. *d. Tr. p.* 41. & *seqq.* A. Fab. 72. *Err. Pragm.* 8. Bocer. *d. lo.*

XIII. Denique quantum cuique heredi ab initio datum est testamento militis, tantum ille habet; nihil amplius etiam ex eventu. Et ideo si duo sint heredes instituti, & unus repudiet hereditatem: si quidem agatur de testamento pagani, pars deficiens accrescet coheredi, qui suam partem agnoverit, etiam invito: ne testator decedat [6] pro parte testatus, & pro parte intestatus. *L. qui ex duabus*, §. 1. *D. de acq. her.* Sin instituti sint heredes a milite; deficientis portio ad coheredem non pertinet, ne contra voluntatem militis plus ad eum redeat ex hereditate quam ei datum est. Unde eveniet, ut pro ea parte intestatus videatur defunctus decessisse. Nec metuemus, ne sic videatur pro parte testatus, & pro parte intestatus. Hoc enim miles potest facere. *L. si duobus*, *D. eod.*

XIV. Quod juris est in rebus, hoc idem est in tempore. Miles ex die heredem instituere potest, ut ante, quam dies venerit, pro parte ejus temporis sit intestatus, pertineatque hereditas ad heredes legitimos. Potest & ad diem, aut conditionem: ut, cum dies venerit, aut conditio exstiterit, testatus esse desinat, fiatque eodem modo intestatus. *L. certi*, *C. eod. L.* 5. *L. in fraudem*, §. *miles*, *L. miles ita*, *in pr. D. eod.*

XV. In substitutionibus jus commune ita est, ut nemo quamvis heredi a se instituto, substituere possit directo in secundum casum, si ille heres erit, ac præterierit deinde aliquod tempus, præterquam liberis impuberibus, aut mente captis. Miles contra etiam his, qui heredes exstiterunt, quantumvis extraneis potest ita substituere, ut institutos velit, donec vivant, aut usque ad certum tempus heredes esse; post id autem tempus aliquem substituat. *L. milites*, 5. *d. L. miles ita*, *in princ. D. eod. L. centurio*, *D. de vulg.* [7] Eaque est substitutio, quam militarem vocamus, notata a me supra inter genera substitutionum, hujus libri Cap. XXIII. & in hunc locum relata.

XVI. Jure communi non potest pater substituere filio impuberi in secundum casum, nisi sibi prius testamentum rite fecerit. Miles contra tam sibi, quam filio jure militari testamentum facere potest: & soli filio, quamvis sibi non fecerit. *L. in fraudem*, §. *miles*, *D. eod. L.* 2. §. *quisquis. D. de vulg.*

XVII. Licet eamdem potestatem animadvertere in legatis. Lege Falcidia ultra dodrantem legare non licet. *L.* 1. *D. ad leg. Falcid.* Licet militi: idque est quod dicitur in testamento militis cessare legem [8] Falcidiam. *L. in testamento*, 12. *C. eod.* Quæ si ita sunt in singulis partibus rectæ ordinationis testamenti, & rectæ institutionis, ac substitutionis, itemque legatorum: licet jam certo summam colligere, vere in universum dici, uti miles testatus erit, ita ratam futuram voluntatem. Estque id, quod modo beneficium militare, modo militum privilegium, modo jus militare nominatur. *L.* 3. *quod constitutum. L. Divus. L. qui jure*, 7. *D. eod.*

XVIII. Id etsi nullam manifestam exceptionem habet in constitutionibus, quibus hoc beneficium militibus datum est; habet tamen ex aliis legibus: placetque in universum hanc esse, dum ne quid statuat in testamento miles, quod sit contra jus, aut bonos mores.

XIX. Et quidem quod sit contra bonos mores, id est turpe omne etiam in testamento militis rejicitur. Hinc tria æque hic improbata. [9] Captatoriæ scripturæ: turpiter datum mulieri; & conditio turpis relicto adjecta.

XX. Captatoriæ institutiones, & captatoriæ scripturæ etiam in testamento militis nullius momenti sunt. *L. captatorias*, *C. eod.* quippe turpes, ut ad captionem alterius directæ, ut est in *L. illæ autem*, *D. her. Inst.*

XXI. Improbatur & datum ei mulieri, in quam turpis auspicio cadere potest, ut est in *L. miles ita*, 41. §. 1. *L. eod.* quibus verbis eam mulierem designari intelli-

6) Pugna enim testati, & intestati admittitur hic fictione quadam, quasi duorum hominum duabus hereditatibus factis *L. duorum* 49. *de op. Lib.* Cujac. *ad L.* 7. *de R. I.* vid. Ant. Fab. 26. *de Err. Pragmat.* 1.

7) Quæ an post pubertatem, filio facta, directo valeat, magna est contentio; Affirmant Duar. 6. *Disput.* 7. & *ad tit. D. de vulg. C.* 23. Don. noster *ad L.* 8. *C. de impub. subst. n.* 10. & *seq.* Charond. 1. *Verisimil.* 11. Hotom 1. *Amic.* 17. & *seq.* Matthæus. *Lib.* 2. *de Via jur. C.* 17. *n.* 5. & *seqq.* Bocer. *Lib.* 1. *de Jure belli C.* 24. Contra quod jure fideicommissi. Cujac. 11. *Obs.* 25. & 12. *Obs.* 27. Covarr. *ad L.* 8. *C. de impub. subst. n.* 6. & *n.* 31. Govean. *ad L.* 15. *D. h. t. n.* 1. & 3. Cabot. 2. *Disp.* 20. vid. & Mansin. varias opiniones examinans *ad d. L.* 8. *n.* 85. & *seqq.*

8) *L.* 17. §. *ult. D. h. L.* 17. *D. ad L. Falc.* Putant vulgo hoc correctum esse per *Nov.* 1. *C. ult.* §. *quia vero*. 2. & heredem militis, si inventarium confecerit, deducere Falcidiam. Sed Duar. *h. l. C. ult. cir. fi.* sentit, *d.* §. 2. loqui de omni quidem persona etiam militari: sed heredis, non vero testatoris, ut sensus sit: Omnis heres etiam miles, testamento videlicet pagani scriptus, omittens confectionem inventarii perdit Falcidiam, & ut opinor, recte.

9) Simplicitati enim succurritur, non calliditati, quæ auxilium nunquam meretur *L.* 2. §. 1. *ad Vellej.* Don. noster *ad L.* 11. *n.* 8. *in fi.*

Digitized by Google

telligere debemus, quæ stupro cognita est a milite, etiam si esse cœperit postea in contubernio militis, ut explicatur in *L. mulierem, D. de his, quæ ut ind.* Sed de ea illud notandum, sic quod ei datum est etiam testamento jure militiæ facto, improbari, ne ipsa id capiat, neve ad testamentum admittatur. Ut est in *d. L. miles ita.* §. 1. *d. L. mulierem.* at non ita, ut datum sit inutile, & pro non scripto habeatur. Valet enim, sed hactenus, ut quod relictum est, ad [10] fiscum pertineat. *d. L. mulierem, de his, quæ ut indig.*

XXII. Turpis vero conditio institutioni, aut legato adjecta improbatur in testamento militis similiter, ut in testamentis paganorum: nempe ita, non ut nulla sit institutio, aut relictum, sed ut rejiciatur; cæterum, hac rejecta, nihilominus institutio, & legatum valeat. Hoc in *L. si a milite*, §. *edictum*, *D. eod.* quo in numero habetur & conditio jurisjurandi, ut ibidem adjicitur: eum scilicet instituitur quis heres, aut legatur alicui hac conditione, si juraverit, se quid facturum, aut quid non facturum. Remissa est ei conditio edicto prætoris tanquam turpis; sive quod non sit necesse hic jurare, ut fiat, aut non fiat quod testator voluit: sive quod in re non necessaria suscipiatur perjurium anceps; cum multa possint accidere, ut is, qui conditionem accepit, aut non possit præstare, quod promisit, aut justis de caussis nolit. Quæ pars edicti explicatur in *L. quæ sub conditione*, *D. de cond. instit.*

XXIII. Sed etsi quid absit a turpitudine, si tamen jus, aut lex aliqua nominatim probibeat, etiam in militis testamento tanquam militi ademptum non valebit. *L. ex testamento*, *in fin. C. eod.* *L. si a milite*, 29. §. 1. *D. eod.* Hinc illud primum intellectum, non licere militi statuere de alienis bonis, ant alienum jus minuere. *L. cum filiusfamilias* 28. *D. eod.* Est enim contra jus gentium, & civile detrahere suum cuiquam, quod alteri adjicias. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* *L.* 2. *D. de his, qui sunt sui*, *vel al. jur.* Et ideo quod placuit, milites etiam his, qui sibi heredes exstitissent, posse substituere; hactenus placuit, ut possent in his [11] dumtaxat, quæ ab ipsis ad eos, quibus substituitur, pervenerunt: non etiam in his, quæ hæredes vel habuerint ante, vel postea acquisierint. *L.* 5. *L. miles ita*, 41. §. *exheredato*, *D. eod.* *L. centurio*, *D. de vulg.* Cui consequens est, quod est in *d. L. miles ita*, §. *si miles*, *D. eod.* si miles exheredato impuberi filio substituerit pro eo jure, quod & paganis datum est, non magis tamen militem a substituto ejus legatum dare posse, quam licuit pagano. Sic enim nihil ex bonis patris pervenit ad substitutum. Adjicitur tamen [12] ibidem, idem juris esse, licet pater ampla legata reliquerit exheredato. Sic enim locus interpungendus, & hactenus sententia porrigenda, ut recte monuit Viglius ad §. *non solum*, *Instit. de pupil.* idque eo ipso §. aperte suadente, vel cogente potius. Atqui legatis exheredato relictis etiam hæc ipsa perveniunt ad substitutum, ut si ab hoc substituto leget miles, dici possit de bonis ejus legatum relinqui, non de alienis. Ex quo intelligi debet, hujus legati improbandi caussam præcipue hanc fuisse veteribus, quibus improbabatur hoc legatum (neque enim improbabatur omnibus auctore Justiniano in *L. cum quidam*, *C. de leg.*) quod illi statuerent, esse contra legem naturæ, eum onerare, aut substitutum ejus, quem jam ante injuria exheredationis affecisset. Horum quidem sententiam cum probarit Justinianus, & adversus dissentientes aliorum sententias hoc genus legati rejecerit in *d. L. cum quidam*; apparet nunc, hanc ipsam legati etiam in milite rejiciendi caussam esse, quam dixi, quod sit legatum adversus legem, etsi hic leget miles de bonis suis.

XXIV. Ex superiore regula naturæ est, quod placuit non posse tutorem dare aut patrem filio suo, qui est in potestate avi, aut avum nepoti, qui in potestatem filii sit recasurus. *d. L. cum filiusfamilias*, *L. miles. ita*, §. *mulier*, *D. eod.* Sic enim minueretur patri, aut avo jus potestatis, quod non patitur, ut qui in potestate est, tutorem alium habeat, aut curatorem. *Instit. de tut. in princ.* *L. ultim. C. de cur. fur.*

XXV. Sed etsi quæ sunt leges, quæ de rebus suis statuere quid vetent, etiam hæ in militis testamento locum habebunt. Hinc illa; militem testamento suo manumit-

10) *L.* 2. *C. de donat. int. vir.* licet paganus sic legare possit *L.* 29. *de leg.* 3. vid. Duar. *h. t.* C. 5. Zoan. *Tr. de Rom. imperio n.* 12. & *seqq.* scribens, id favore Reipublicæ magis, & disciplinæ militaris, quam militum gratia ita constitutum.

11) Ne privilegium militis vergat in alterius injuriam, si is de bonis suis testari prohibetur. Govean. *ad d. L.* 15. A. Fab. 15. *Conject.* 12.

12) Et Forn. 1. *de Success.* 19. *n.* 6. & *seqq.* Eman. Costa *ad Cap. si pater extr. de test. part.* 1. *Verb. habens n.* 7. *fol.* 279.

nomittere non posse servum in fraudem creditorum, aut aliter contra legem Æliam Sentiam. *L. in fraudem, in prin. L. si milite*, §. 1. *D. eod.* Item, non posse militem legare, quod lex alienari prohibeat, velnti fundum dotalem. *L. dotalem, D. eod.* Videri tamen potest hoc falsum esse in lege Falcidia. Hæc vetat legare ultra dodrantem hereditatis. *L.* 1. *D. ad. leg. Falcid.* Et tamen si leget miles, rata est voluntas. Id enim est, quod ante diximus in testamento militis cessare Falcidiam. *L. in testamento*, 12. *C. eod.* Sed nihil hic fit a milite adversus legem Falcidiam. Quod si fieret, eodem jure impediri diceremus, quo cætera. *d. L. si mil. si a milite*, §. 1. *D. eod.* Vetat lex secundo capite ita legari, ne minus, quam quartam partem hereditatis ex eo testamento heredes capiant. Sed vetat iis nominatim, qui jure publico, idest communi, dare legare volent. His verbis aperte removentur milites: qui jure communi non testantur, sed militari, & proprio privilegio: quod toto genere distinguitur a jure communi. *Inst. eod. in pr.* §. 1. *&* §. *sed. hactenus*, *L.* 3. *L. quod dicitur*, §. 1. *D. eod.*

XXVI. Atque hoc privilegium est, quod hic quærimus. Id tribuitur militibus *d. L.* 1. *L.* 3. *& toto titulo*, *C. eod. Institut. eod. in princ.* unde ubique dictum testamentum militare, testamentum militis, ut sunt inscriptiones horunt titulorum. *D. & C. & in Institution.* Non tamen militibus omnibus. Militum genera sunt duo. Quidam sunt, qui armis tuentur rempublicam; quidam qui in defensione civium in judiciis, in professione bonarum artium, aut administratione publica sine armis eamdem operam navant reipublicæ. Exempli gratia, patroni caussarum, & advocati. Posita hæc genera in *L. advocati. C. de advoc. divers. judio.* Notantur autem satis a veteribus, cum, ad prius genus distinguendum a posteriore, prioris generis milites ita notant, ut vocent milites, qui sub armata militia stipendia merent. Sic enim loquitur Ulpianus in *L. miles*, *in princ. D. de re milit.* quæ circuitio orationis erat supervacua, si unum tantum genus esset militum.

XXVII. Priores proprie dicuntur milites. Si veræ sunt eæ etymologiæ hujus verbi, quæ adferuntur ab Ulpiano in *L.* 1. §. *ultim. D. eod.* neque vero ea tractatio, alioqui, si per se spectetur, Grammatica, alio quam ad id indicandum referanda est. Licetque hos ita definire, ut sint milites, qui nomine militiæ dato, & relati in numeros armis tuentur rempublicam stipendiis publicis. Unde dicti supra ab Ulpiano, milites, qui sub armata militia stipendia merent. De numeris quod dixi, mox intelligetur.

XXVIII. Posteriores non ita proprie dicuntur milites, sed magis per similitudinem quamdam superiorum. Habent enim in opera sua & administratione publica castra quædam sua, ubi certent; habent contentiones suas, suaque certamina, in quibus se exerceant. Stipendia item merent, accipiuntque ut plurimum ex publico. Cæterum non proprie ita dici, sed ex similitudine ea, quæ illis cum prioribus est, intelligimus ex distinctione peculiorum, quæ utrique generi sunt attributa. Nam quæ prioribus tribuuntur, dicuntur sine adjuncto castrensia: quæ posteriori, dicuntur quasi castrensia. *L.* 1. §. *nec castrense*, *D. de coll. bon. Inst. quib. non est per fac. test. in prin.* Sed & nominatim dicuntur ad similitudinem, & exemplum castrensis peculii introducta. *L. ultim.* §. *de aliis*, *C. de inoffic. testam.* §. *ultim. Instit. de mil. test.* In hoc genere posteriore militum quinam habendi sint, declaratur in *d. L. ult.* §. *de aliis*, *C. de inoffic.* Sunt autem hi, advocati, & patroni caussarum: professores magistri publici bonarum artium: judices, assessores, magistratus, & omnes omnino, qui in publico munere reipublicæ recipiunt stipendia publica.

XXIX. Posterioribus his non illud [13] liberum privilegium testandi datum est, de quo diximus. Non hi tamen in hoc genere penitus sine privilegio. Ac duo his data sunt in bonis quasi castrensibus. Unum, ut si sint filiifamilias, qui alioqui jure communi testamenti factionem non ha-

13) Qui & cincti. De quo ritu vid. Vigl. *in Rub. l. h. t. n.* 18. *& seqq.* Duar *h. t. C.* 2. Brisn. 2. *Antiq.* 7. Connan. 9. *Comm.* 5. n. 8. Bocer. *Lib. I. de Jure belli C.* 10. Non autem qui munere in militia aliquo funguntur, si milites non sint, etsi matriculis militaribus inscripti *L.* 16. *C. h. t.* Excipe tamen casus *L.* 1. *de bon. poss. ex test. mil.* Duar. *h. t. C.* 3. Cum autem antiqui ritus militi aggregandi, & in numeros referendi desierint, quæritur an nostris militibus hoc testandi privilegium sit? Aff. Vigl. *in pr. I. h. t. n.* 11. *& seqq.* quia nec hodierna legendi, recipiendique milites plane diversa ratio. Inscribuntur enim matriculis, sacramento adstringuntur, &c. Nec ritus illi certe caussam huic privilegio dederunt, sed utilitas Reipublicæ &c. vid. Wes. *Cons.* 17. *n.* 32. *& Cons.* 38. *n.* 62. Hanh. *de Testam. n.* 85. Gud. *de Contr. stip. C.* 7. *Conclus.* 17. Bocer. *Lib. I. de Jure belli C.* 28. Arumæ. *ex Justin.* 7. *Th.* 8. & qui varie distinguit Alex. Trentacinq. *de Substitut. P.* 4. *C.* 8. *n.* 5. & late Zoan. *Tr. de Rom. imperio n.* 51. *& plurib. seq.*

habent, possint testari de peculio quasi castrensi; jure tamen communi. §. *ultim. Institut. de mil. testn. d. L. ultim.* §. *de aliis*, *C. de inoffic. testament.* Alterum, ut sive filiifamilias, sive paterfamilias de bonis quasi castrensibus testati erunt, hactenus adversus id testamentum nec querela inofficiosi testamenti detur, nec bonorum possessio contra tabulas. *d. L. ult.* §. *de aliis*, *C. de inoffic. test.* Sunt autem bona quasi castrensia, quæ superiores aut ex stipendiis publicis, aut per occasionem operæ, & militiæ publicæ acquisierunt, non aliter habitui. Nam & hoc modo castrense peculium in suo genere definitur. *L. castrense*, *D. de cast. pecu.* Sed quidquid hic superioribus tribuitur, intra hæc duo tantum consistit; extra hæc cæteris in rebus adstricta est jure communi etiam de his ipsis bonis testatio.

XXX. Liberum ergo illud testandi jus, quod dixi, ad prius genus militum tantum pertinet, qui sub armata militia stipendia merent. *Inst. eod. in prin.* & §. *sed hactenus.* juncto §. *ult.* Quod perspicue intellectum est partim ex verbis constitutionum, quibus hoc privilegium tribuitur, partim ex ratione his ipsis constitutionibus adjecta. Nam primis constitutionibus quibusdam, quæ sunt de hoc genere, dicunt Imperatores hoc se dare commilitonibus suis, ut in *L.* 1. *D. eod.* Sunt autem commilitones, qui eamdem nobiscum militiam exercent. Exercebant autem Imperatoras armatam, qui exercitui præerant, & arma gerebant cum cæteris. Atque, ut tribueretur hoc tantum militibus sub appellatione militum, ut lio *L.* 1. *L.* 3. *L. milites*, *C. eod. Institut. eod. in princ.* tamen proprie hoc verbo priores illi intelligerentur, ut declarat verbi etymologia, ideo, ut videtur, diligentius exposita in *d. L.* 1. §. *ultim. D. eod.*

XXXI. Ratio autem beneficii hæc fuit, ut dicerent constitutiones, id se tribuere militibus propter imperitiam eorum, & simplicitatem. *L.* 1. *D. eod. L.* 3. *C. eod. Institut. eod. in prin.* Convenit hæc ratio armatæ militiæ militibus. Hi sunt enim, de quibus Justinianus scribit, arma magis, quam jura scire milites recta existimari. *L. ultim. in princ. C. de jur. del.* Advocatis, patronis, judicibus, magistratibus, & similibus, qui Reipublicæ in toga navant operam, aperte [14] non conveoit; quorum hoc est munus, ut totum peritia juris, aut aliarum rerum prudentia, & cognitione administretur.

XXXII. Militibus, quos proprie ita dicimus, cum tribuatur hoc privilegium, necesse est ad prærogativam privilegii nosse, quando quis in hoc numero habeatur, & quousque. Et milites esse incipiunt, non simulatque cœperant in exercitu arma gerere, quod faciunt & tirones, qui milites non sunt, etsi lecti sint tirones, & publicis expensis iter faciant: sed, ex quo militiæ nomine dato, in [15] numeros militum relati sunt. *L. ex eo*, 42. *D. eod.* Et tandiu manent, quandiu sunt in numeris. *L.* 4. *D. eod.* Desinunt esse dupliciter. Uno modo, cum militia missi sunt. Quod fit iis modis, qui exponuntur in *L.* 2. §. *ignominiæ*, *D. de his, qui not. inf.* Altero, cum tribuni, aut præfecti militum successorem acceperunt. *L. quod constitutum*, 21. *D. eod.*

XXXIII. Notandum est autem diligenter, superius beneficium dari militibus, qui testati erunt, ut sunt verba constitutionum de hoc beneficio. *d. L.* 1. *D. eod. L.* 3. *L. milites*, *C. eod.* Hoc eo pertinet, ut intelligatur id, quod præcipitur in *L. Titius*, 25. *D. eod.* constitutionibus non simpliciter confirmari militum testamenta; sed ita militum, si etiam a militibus facta sint. Ut ad confirmationem testamenti militaris duo concurrere oporteat; ut miles fecerit, & ut maneat testamentum militis. Quorum alterum si deest, testamentum hoc privilegio non utetur. Faciamus ergo, militem non fecisse testamentum; sed cum fecisset, militem esse cœpisse. Negari non potest testamentum cœpisse esse militis, quod prius militis non erat. Placet tamen testamentum ad jus commune pertinere, quia miles id non fecit, ut est in *d. L. Titius.* Sed adjicitur ibidem hæc exceptio, nisi miles factus aliquo modo declaravarit, se velle testamentum, quod ante fecerat, valere. Et recte. Nam qui nuda voluntate testamentum tunc facere potuit: potuit, quod ante fecerat, nuda voluntate comprobare: quoniam hæc ejus voluntas testamentum est. *L. in fraudem*, §. 1. *D. eod.* Illud plane ad confirmationem testamenti exigitur, ut ab eo aliquid factum aut dictum sit postea, quo probatur eum testamentum valere velle, ut est in *d. L. Titius*, *eod.* & ut est in §. *pen. Inst. eod.* ut aliquo modo manifesta

14) Quod & probat *L. ult* §. 1. *C. de inoff.* in verbis secundum leges tamen. Vid. Coras. *ad L.* 8. *C. de impub. subst.* n. 14. Vaud. 1. Q. 45. Trentacinq. *d. C.* 8. *d.* 6. Bocer. *Lib. de Jure belli C.* 28. *pag.* 128. Arumæ. *Exerc. Justin.* 7. *Th.* 9.

15) Turpe est causas oranti, jus, in quo versatur, ignorare *L.* 2. §. 43. *de O. I.*

festa sit voluntas militis facti hoc testamentum valere volentis. Non exigimus, ut verbis, & aperte id testetur. Factum ad eam rem sufficit, & quodvis factum, ex quo colligi possit, militem prius testamentum probare; ut voluntas non verbis tantum declaratur, sed re aliqua, & facto, & quovis judicio voluntatis. *L. recusari*, *D. de acquir. her. L.* 4. *D. pro soc.* In hac autem specie factum ejusmodi hoc habetur in *d.* §. *pen. Instit. eod.* si miles aliquid adjecerit testamento, aut detraxerit. Nam qui adjicit, ideo adjicit, quod velit adjectum valere: nec potest valere ut adjectum, nisi valeat cum cæteris, quibus adjicitur. Alioqui solum esse, non adjici diceretur. Qui autem ex pluribus ante positis, unum aliquid detrahit, hoc ipso satis indicat, se cætera manere velle, alioqui omnia pariter eodem modo delevisset: sicut accidit in omnibus exceptionibus, quibus fit, ut qui aliquid excepit, non possit non videri de iis rebus, quæ exceptæ non sunt, sensisse, ut est in *L. quæsitum*, §. *idem respondit domo instructa*, *D. de instruc. vel instrum. leg.* Cæterum utrobique, idest & in *d. L. Titius.* & *in d.* §. *pen. Inst. eod.* hoc reditur, ut nisi novo dicto, aut facto, idest nova voluntate aliquo modo declarata, miles testamentum comprobet, non possit id valere. Idque ita existimari necesse est. Nam priore voluntate non valuit testamentum, quod is, qui miles non erat, fecit; nec potest valere voluntate posteriore militis, si nulla nova militis intervenit. Non potest autem testamentum, quod voluntatis testatio est, nisi ex alterutra voluntate valere.

XXXIV. Sed videri potest contrarium scriptum esse in *L. in fraudem*, §. *testamentum*, *D. eod.* sic enim verba sunt: *testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit.* Hic non exigit novam voluntatem ad confirmationem prioris testamenti: sed satis esse vult, si nulla sequatur contraria. Quod profecto & tunc fit, cum nulla omnino sequitur. Sed hæc verba, si militis voluntas contraria non sit, sunt ambigua. Possunt enim sic intelligi, si nulla militis voluntas erit contraria; sive voluntas omnino nulla erit, sive erit aliqua secuta non contraria. Possunt & sic accipi, si militis voluntas, quæ modo voluntas erit, id est quæ de eodem testamento secuta erit, contraria non sit. Utrumque acciperemus, si liceret. Nunc autem non licet prius sine vitio: sive quod recta ratio, sive quod manifesti loci adversentur. Relinquitur igitur [16] posterior interpretatio non vitiosa, quam hic sequamur; ut faciendum esse præcipitur in ambigua oratione legis, *L. in ambigua*, *D. de legi.* Hac autem interpretatione admissa, congruit sententia cum superioribus. Quæcunque enim voluntas militis sequitur postea de testamento, si testamento contraria non est, pertinet ad testamenti comprobationem: veluti si adjiciat aliquid, aut detrahat. Nam adjiciendo nihil facit prioribus contrarium: detrahendo nihil facit contrarium his, quæ relinquit.

XXXV. Illuc redeo, sine hac nova militis comprobatione testamentum jure militari non valere, quod tum fecit, cum non esset miles; etsi, milite eo postea facto, militis testamentum esse cœperit. Ergo etsi quis miles fuit, deinde militia missus est, aut aliter miles esse desiit, si testamentum faciat postea, multo minus testamentum jure militari valebit. Usque adeo ut ne sic quidem valeat, etsi intra anni spatium decesserit, quod testamentis prius factis datum est, de quo paulo post. §. *sed hactenus*, *Inst. eod.* merito: hoc enim testamentum neque fecit miles, neque est testamentum militis.

XXXVI. Vice versa etsi miles testamentum fecit ex privilegio militum, si tamen desierit esse miles, æque testamentum non valebit: quia desiit esse testamentum militis, etsi miles fecit. Hoc excipitur, nisi miles intra annum post missionem decesserit. Quo casu placet testamentum non aliter jure militari valere, quam si in militia decessisset. *d.* §. *sed hactenus Inst. eod.*

XXXVII. Hoc anni spatium non omnibus militibus datum est, postquam milites esse desierunt; sed iis, qui missi sunt militia, & ut est in *d.* §. *sed hactenus*, qui post missionem decesserunt. Aliter, atque si præfecti, aut tribuni, successoribus acceptis, militare desinant. *L. quod constitutum* 21. *D. eod.*

XXXVIII. Sed etsi de missione nihil distinguitur in *d.* §. *sed hactenus.* tamen placet hoc anni spatium tribui solum testamentis eorum, qui honestam, vel caussariam missionem meruerunt: eorum autem testamenta, qui ignominiæ caussa missi sunt, statim desinere jure milita-

18) Ita & Vigl. in § 4. *I. h. t. n.* 1. fuisse *in d.* §. 2. subjunctam aliquam novam voluntatem, & Duar. *h. t. C.* 3. *in fin.* Et recte; licet Hot. *in* § *sed etsi* 4. *I. h. t.* & Ant. Matth. *in not. ibid.* hæc loca vere pugnare putent.

litari valere: quia id privilegium præmii loco tributum sit merentibus. *L. testamenta*, 26. *D. eod.*

XXXIX. Illud constat post annum, quam miles non ignominiose missus est, testamentum jure militari non valere. In quo tamen hoc exceptum, est, nisi miles intra annum decesserit, & conditio heredi testamento adscripta post annum exstiterit. *L. quod dicitur, in pr. D. eod. d. §. sed hactenus, in fi. Inst. eod.* Et recte hoc exceptum. Nam quod conditio non exstitit intra annum, facit ut testamentum intra annum non valeat. Non enim potest, qui institutus est, heres esse, nisi conditio exstiterit: nec potest testamentum valere, quandiu heres scriptus non exsistit heres. Sic enim institutio exitum non habet. *L. 1. D. de injust. rup. Inst. de her. quæ ab int. in pr.* Ita si nihilominus dicimus, exsistente quandoque postea conditione, testamentum valere: hoc dicimus, etiam post annum valere. Quæ prioris sententiæ exceptio est. Habet autem exceptio hanc rationem, quod etsi pendente conditione intra annum, dici non potuit, tum testamentum valere, quia potuit conditio non exsistere: tamen, conditione quandoque exsisteute, intelligitur, testamentum retroversus non solum intra annum, sed etiam statim, mortuo milite, valuisse. Conditione enim impleta, perinde habetur, quasi pure facta esset institutio. *L. si pupillus, D. de cond. inst.*

XL. Non statim superius privilegium tribuitur militibus, qui proprie ita dicuntur. Sed hic duæ sunt conditiones. Ex quibus una est hujus testamenti propria, si milites in expeditione degant; si sint in expeditione occupati.[17] Domi suæ si degant, vel in aliis locis extra expeditionum necessitatem, hoc beneficio non utuntur. Constitutum hoc a Justiniano in *L. pen. C. eod.* quod & refertur *Inst. eod. in pr. & §. 1.* ubi & ille scribit, constitutionem suam hoc introduxisse. At quomodo ille introduxit, quod multo ante prioribus constitutionibus cautum erat? Legimus enim hanc eamdem circumscriptionem in rescripto Antonini in *L. 1. C. eod. & in lege Constantini L. milites, C. eod.* Et si in his constitutionibus duabus hæc auctorum ipsorum fuit scriptura, nec quidquam his additum est a compositoribus, dum constitutioni Justiniani serviunt, quod non temere quis possit suspicari: probabiliter dici potest, primis constitutionibus Imperatorum de hoc privilegio, quæ multæ fuerunt, ut traditur in *L. 1. D. eod.* hanc conditionem adjectam non fuisse. Nulla enim ejusmodi adjecta est in ea constitutione; quæ refertur ibidem; quæ tamen usurpabatur una pro omnibus, ut & illic ostenditur. Nulla in rescripto Alexandri, *L. ex testamento, C. eod.* Tantum adspersa est hæc conditio ab Antonino, & Constantino; sed adspersa magis quam necessario exacta, ut verba constitutionum indicant. Idcirco etiam post illas constitutiones existimabatur, redeundum esse ad primas illas, & alias, quæ nullam conditionem ejusmodi exigebant: de quibus mutandis nihil posterioribus aperte cavebatur. Justinianus constitutione sua rem certam fecit; cavitque disserte ita demum licere militibus jure militari testari, si in expeditionibus occupati essent; non aliter. *d. L. pen. C. eod.*

XLI.[18] Expeditionem exercitus vocamus, cum milites ita comparati sunt, ut sint expediti ad præliandum. Quod fit, vel cum proficiscuntur adversus hostem, vel cum consistunt adversus hostem, aut hostem exspectantes, aut ipsi exspectantes invadendi hostis, & cum eo dimicandi opportunitatem. Cui tempori merito superius privilegium datum est; in quo & armorum cogitatio, & periculi metus, & sese continendi necessitas omnem aliam de jure cogitationem adimit, & facultatem testandi, ut velis.

XLII. Est & altera hic conditio omnium testationum communis, de qua pluribus comprehensum est in *L. Divus, D. eod. & §. plane, Inst. eod.* ut quoquo modo facta a militibus testamenta ita rata sint, dum utique prius constet testamentum factum esse.

XLIII. Constabit autem aut[19] scriptura, aut[20] testibus.

XLIV.

17) Connan. 9. *Comm.* 5. n. 9. interpretatur *in expeditione*: id est qui actu miles est, quamvis non in ipso conflictu cum hostibus. Expeditum enim quicquid promptum, & paratum. Et Cujac. *Consult.* 49. testamentum jure militari fieri, quamvis non in procinctu. Nam sic miles nihil distaret e pagano, qui & ipse in hostico quoquo modo testatur *l. ult. h. t.* In expeditione igitur est & qui in castris, in stativis, hybernis, præsidiis. Quare & stationarii, & limitanei milites, cum æque in motu versentur, hoc privilegio gaudebunt: Connan. & Cujac. *dd. locis.* Zoan. *de Rom. imperio n.* 103. *& seqq.* Bocer. *Lib.* 1. *de Jure belli C.* 28. Nam & pœnis militaribus coercentur *L.* 3. §. 5. *de re milit.* Ergo & privilegiis utuntur *per L.* 10. *de R. I.* Non autem sine onere militiæ dignitate equestri ornati, quos milites imaginarios vocat Duar. *h. t. C.* 2 *&* 3. ut equites Rhodienses, Teutonici &c. extra expeditionem, Vigl. *in Rub. I. h. t. n.* 11. *& seqq.* cum ne vero quidem militi hoc privilegium sit extra expeditionem, Duar. *d. C.* 3.

18) Non si extra tentoria, vel castra confecerit. Bocer. *L.* 1. *de Jure belli C.* 21. nisi sui reficiendi, curandæve valetudinis caussa, commeatu concesso, se alio contulerit, mox reversurus, Vigl. *in § illis n. I. h. t. n.* 5. modo domi suæ non sit arg. *L.* 34. *pr. Qui. b. ex ca. mai.* Bocer *d. C.* 21.

19) Potest & notis scribi *L.* 40. *pr. h. t.* vid. Tiraq. *Privil. piæ caus.* 12. Cujac. 3. *Obs.* 3. Bavar. *de Aut. Prud. C.* 2. Walth. 2. *Misc.* 12. qui exemplum militaris testamenti sic scripti subjicit.

20) Vigl. *in §. plane* 2. *I. h. t. n.* 6. ubi præsumptionis adminiculum unum testem admittit; solam aut in scri-

Digitized by Google

XLIV. Scriptura quævis militis ad eam rem idonea, dum intelligatur, & eam militis esse constet; adeo, ut si quid in vagina, aut clypeo sanguine suo annotaverit miles, aut in pulvere scripserit gladio sub id tempus, quo moritur, placeat, voluntatem valere. *L. militis*, *C. eod.*

XLV. Testibus æque res probantur. *L. in exercendis*, *C. de fid. instit.* In quibus cum numerus eorum non adjicitur, receptum est duos sufficere. *L. ubi. D. de testi.*

XLVI. Notandum est, utramque hanc conditionem additam esse libero illi privilegio testandi, quo permittitur his, ut velint, & possint testari. Ad ea privilegia non pertinet, quæ militibus in bonis castrensibus, et quasi castrensibus data sunt, ut possint de his testari, sive filiifamilias sint, sive patresfamilias: & possint sine metu querelæ inofficiosi. Hæc omnes obtinent, sive sint in expeditione, sive non sint: quia non conceduntur, nisi testantibus jure communi, ac proinde non occupatis. *Instit. quibus non est per. fac. test.* §. 1. & §. *ult. Instit. de mil. test.* Quinimmo & milites militia missi eadem ista retinent in bonis castrensibus: dum non sint missi ignominiæ caussa. *L. testamenta*, 26. *in fi. D. eod.*

XLVII. Quod attinet ad bona militum, jam dixi milites de alienis bonis statuere nihil posse. Neque de his nunc quæritur. Quæritur de bonis ipsis militis, quæ sæpe non sunt unius generis. Potest enim miles habere bona castrensia; potest & paganica, id est extra castra, & occasionem castrorum aliunde quæsita. Quæritur igitur an possit miles pariter de utrisque ut velit, testari. Videri poterat par esse, ut quemadmodum in persona non tribuitur superius beneficium nisi militibus, sic in re non tribueretur, nisi bonis militaribus, seu castrensibus, ut una & eadem caussa hoc privilegium admitteret tam in persona militis, quam in rebus. Quod non placuit. Tribuitur enim privilegium militi, non bonis militaribus. Et ideo miles in expeditione occupatus de omnibus suis bonis testari jure militari potest, non tantum castrensibus, sed etiam paganicis. Atque adeo de paganicis solum, ut de castrensibus, decedat intestatus; & contra. *L.* 1. *L.* 2. *C. eod.* Et hoc est quod in *L.* 1. *D. eod.* dicitur, sufficere militi ad bonorum suorum divisionem nudam voluntatem testatoris. Bona simpliciter nominantur, ut omnia intelligamus.

XLVIII. Duo sunt tamen, quibus concessum est testari solum de peculiis castrensibus: filiusfamilias miles: & miles item paterfamilias ex militari delicto capitis damnatus.

XLIX. Filiusfamilias ex constitutionibus, & præsertim Justiniani, etiam adventicia bona paganica propria habet: interdum usufructu patri servato; in plerisque autem ita, ut & usumfructum ipse, eoque & plenam proprietatem habeat. *L. cum oportet*, & authenticis ibi insertis. *C. de bon. quæ lib.* §. 1. *Institut. per quas per. nob. acq.* Placet tamen filiofamilias de his bonis testamentum facere non posse. Solum his relictum, ut possint de bonis castrensibus, & quasi castrensibus. De his quidem solis jus antiquum concedebat filiisfamilias testari, ut traditur in *Inst. quib. non est per fac. test. in pr.* Atqui in *L. penult. C. qui test. fac. pos.* diserte cavit Justinianus, ut in hac re lex antiqua per omnia conservetur, quæ filiisfamilias, nisi in certis casibus, testamenta facere nullo modo concedit.

L. Militi autem capitis damnato, si quidem ex militari delicto, permitti solet jure militari testari, ut declaratur in *L. si quis filio*, §. *irritum*, *D. de injust. rup.* sed hoc hactenus, ut liceat ei testari de bonis tantum castrensibus, ut est in *L. ex militari*, *D. eod.* cætera bona, quæ paganica sunt, si miles damnatus nec liberos, nec parentes habet, publicantur, si liberos habet, aut parentes, his addicuntur, ex constitutione Justiniani, *Novella* 134. *ut nul. jud. lic. hab. loc. ser.* §. *ult.* ut & jam ante pluribus ostendimus, supra hujus Lib. Cap. XVI.

LI. Castrense peculium, eoque & castrensia bona quæ sint, declaratur in *L. castrense*, *D. de cast. pec.* Militaria delicta quæ, in *L.* 2. *L. omne*, *D. de re mil.*

HUGO-

pluram sine ullis testibus, si nulla falsitatis suspicio. Non enim hic ulli testes ad formam, & solemnitatem necessarii, nisi sint ad probationem, quia nuda hic voluntas rata *L.* 15. §. 1. *h.* quomodo declaretur. *pr. I. L.* 1. *pr. D. h. t.* Duar. *h. t. C.* 3. Cujac. *Consul.* 49. Testes igitur hic erunt & peregrini, mulieres &c. Bocer. *Lib.* 1. *de Jure belli C.* 25. vid. & Arumæ. *ex Justin.* 7. *Th.* 13. nec subscriptione opus, aut obsignatione Hot. *in* §. 1. *I. h. tit.* multo minus rogatione, quæ merum juris civilis solemne. Nec obst. §. 2. *I. L.* 24. *D. h. t.* verba *convocatis hominibus.* Illa enim ad relationem facti pertinent, non ad decisionem, seu ut Bocer. *d. C.* 25. loquitur, narrativa sunt, non dispositiva. Illis Cat... docere valuit, testatorem non lusisse, sed serio egisse; quod si aliunde constat, parinde est. Est enim illa una, non sola species probationis. Dissent. Zoan *de Rom. imperio* n. 21. & Cujac. *Consult.* 36. Denique recte Duar. *h. t. C.* 4. quæcunque subtilitatem habent potius quam naturalem rationem militibus. Non autem supervacua sunt, nec Triboniano tribuenda verba extrema *pr. L.* 40. *h. tit.* *Ita tamen ut hoc &c.* quia factum, quod ibi proponitur, probatione non indigeat, uti vult Ant. Fab. 15. *Conject.* 19. Immo enim non sunt supervacua: nam si non ad factum illud pertinent, saltem regulam, quæ illic responsi loco adfertur, restringunt, & declarant.

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIORUM

DE JURE CIVILI

LIBER SEPTIMUS.

De ratione acquirendæ, amittendæve cujusvis directo delatæ hereditatis. De quæsitæ commodis, & incommodis. Tum de fideicommissariis hereditatibus.

CAPUT I.

Delatam directo hereditatem heredibus acquiri partim invitis, partim non nisi volentibus. Illos *necessarios* heredes dici, hos *voluntarios*. Necessariorum quosdam esse necessarios tantum, quosdam suos, & necessarios. Necessarii tantum, qui; & quousque in his hæc necessitas.

Rerum nexus, & propositum Auctoris. I.
Acquisitio hereditatis varia pro qualitate heredum. Hi aut necessarii, aut voluntarii. II.
Necessariorum species duæ: vel necessarii absolute, vel sui, & necessarii. III.
Absolute necessarios esse servos, qui utrunque & hereditatem, & libertatem ex testamento domini consequuntur. IV.
Dominum intelligi quemlibet, cui hoc nomen recte tribuatur. V.
Quid si dominus sit pro parte. VI.
Quid si ad tempus. VII.
Quid de eo, qui servum emit ea lege, ut intra certum diem manumitteret. VIII.
Oportore, ut servus a domino institutus libertatem accipiat. IX.
Ut enm accipiat ex eodem testamento. X.
Ut ita accipiat, ut aliundo enm consequi non potuerit. XI.
Ita institutum servum, statim a morte domini fieri heredem necessarium: nisi fuerit sub conditione institutus. XII.
Servum fieri heredem necessarium aut domino, si ei sit heres institutus: aut filio domini, si ei substitutus. XIII.
Necessitas hæc in servis absoluta; ut neque se abstinere possint, nec, si minores sint, restitui. XIV.
Qui nam sit effectus hujus necessitatis, & cur liberto imposita. XV. XVI.
Si domini hereditas, quod solvendo non sit, distrahi debeat, servo heredi reservari cum bona post mortem patroni quæsita, tum quid quid ei a testatore deberetur; modo illius bona non attigerit. XVII. XVIII.
Quid si attigerit minor. XIX.

I. AC quibus modis testamento deferatur directo hereditas, sive id testamentum paganicum est, sive militare, satis dictum est Libro superiore. Tantum illud addendum est, rebus omnibus ad justam voluntatem, & deferendam in futurum hereditatem ita compositis, ut supra diximus, tunc incipere inde vere hereditatem deferri, cum & testator mortuus est, & herede forte sub conditione instituto, conditio utiliter adjecta exstitit. Quæ utiles conditiones essent, quæ inutiles, & hæ quatenus improbentur, supra in ratione heredum instituendorum satis diximus Libri superioris Cap. XVIII. & Cap. XIX. Quomodo

an-

autem, & quando quæque conditiones impleri intelligantur, dicetur postea in commune, quod pertineat tam ad legata conditionalia, quam ad institutiones conditionales, in argumento de legatis. Restat, ut ita delata hereditas, quomodo heredi instituto acquiratur, ordine videamus: postquam ita proposuimus, & ita etiam res habet, omnem hereditatis [z] acquisitionem duabus his rebus constare: primum ut delata sit hereditas, sine quo nulla potest acquiri; *L. licet. L. si curatoris, C. de jur. del.* tum ut delata a nobis suscepta sit; sive sit imposita invitis, sive suscepta a volentibus. Hæc susceptio delatæ hereditatis, quia acquisitionem hereditatis perficit; ideo factum est usu veterum, ut quæ suscipitur hereditas, ea hoc ipso facto dicatur acquiri: quasi tunc demum proprie acquiratur. *L. si quis extraneus*, §. 1. *D. de acquir. here. L. sicut, Cod. de rep. her.* Etsi re vera non est acquisitio sine delatione: uti nec acceptio, acquisitione in rebus corporalibus sine traditione. Inde Titulus in Pandectis, & Codice, de acquirenda hereditate; in quo constat de deferenda hereditate non agi, sed solum de delata subeunda: cum de deferenda prioribus tam multis actum esset, & deinceps agatur. Sequentibus non paucis ad legitimas hereditates, & fideicommissarias pertinentibus. Quamobrem & hic, ne quis ambiguitate verbi obiiciatur error, acquirendi verbo eodem modo nunc utemur. Etsi autem acquirendæ directæ ex testamento hereditatis ratio communis est cum legitimis hereditatibus, id est iis, quæ lege ab intestato deferuntur; tamen cum constituerimus omnia exsequi, quæ ad rem testamentariam, & supremas de bonis cujusque voluntates pertinent, priusquam veniatur ad caussam intestati; nec hereditas testamentaria, aut quidquid est, quod testamento nobis defertur, aliter ex judicio defuncti nostrum fiat, quam si delatum nobis quæsitum fuerit, ac de ea acquisitione in singulis partibus testamenti nunc quæratur: locus postulat, ut cum de delata ex testamento hereditate diximus, quod reliquum est ad hanc partem explendam, de delatæ acquisitione jam statim subiiciamus: inde sumpturi postea, si quid erit in commune, quod ad legitimarum hereditatum acquisitionem pertineat. Quod & in Pandectis, & in Codice factum est.

II. Ergo quibus hereditas directo delata est, vel testamento vel lege (quando in his communem acquisitionem esse dicimus) seu qui testamento instituti sunt heredes, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocantur: in his acquirendæ hereditatis ratio summa duplex est. Aliis enim acquiritur invitis; quibusdam non nisi volentibus. Unde hæc genera heredum nata veteribus, ut quidam dicantur necessarii, quidam voluntarii: sic enim distinguuntur ista, & appellantur in *L. is, qui putat, & L. sequ. D. de acquir. here.* Aliis quidem verbis exprimuntur hæc in *Instit. de her. qual. & diff. in princ.* dicunturque heredes aut necessarii, aut [a] extranei. Non male, si rem spectemus, non etiam commoditatem divisionis. Nam & extranei iidem sunt, qui & voluntarii. Sed ad species contrarias suis nominibus appellandas non ita recte fortasse. Si quid enim necessario recte opponitur, id est voluntarium. Qui sint necessarii, & voluntarii heredes, tum quatenus: ex conditione, & qualitate heredum sumitur. Ut enim est heredum conditio, ita est & horum differentia in amittenda, acquirendave hereditate: ut aut necessarii sint, aut voluntarii. Inde factum, ut qui Titulus in Pandectis, & Codice inscribitur de acquirenda, vel amittenda hereditate, is in Institutionibus inscribatur de heredum qualitate, & differentia. Quod plane eamdem sententiam, eamdemque acquisitionem continet. Tantum hoc interest, quod prior ab effectu est, cujus deinde caussa ostenditur; posterior converso ordine a caussa, a qua deinde progreditur ad hujus effectum. Idque ita fit. Nam ut quibusdam acquiratur hereditas necessario, aliis voluntate, effectus est ejus conditionis, & qualitatis heredum, a qua is effectus, & ea differentia acquisitionis nascitur. Conditio, & qualitas heredum, caussa, quæ hanc varietatem acquisitionis efficit. Unde tamen incipias ad utrumque explicandum, parum inter-

z) Vox acquisitionis, & recusationis, generalior etiam necessariis conveniens; additionis vero, & repudiationis specialior, tantum extraneis; Vult. in §. *extraneis* 5. *I. h. t. n.* 1. Non omnis autem, qui acquirit hereditatem, heres fit, ut legatarius partiarius, cui pars non bonorum, sed hereditatis, cui onera insunt. legata §. 5. vers. *post quod SC. I. de falcid. her.* Item fideicommissarius, emptor hereditatis. *Idem in pr. I. h. t. n.* 3. Sed tamen acquisitio, ut hic sumitur, verorum, & propriorum heredum propria est.

a) Extranei varie dicuntur pro re de qua agitur. Nam cum de civibus, fœderatisque sermo est, significant nobis nudo fœdere junctos, ut in *L. 7. pr. de capt. & postl.* (juxta vulg. scilicet & Haloandr. lectionem qua ibi legitur *externi non sint*, quam probat A. Fab. 1. *Jurispr.* 11. *Pr.* 8. *Ill.* 7. cum Florentinæ Pandectæ habeant, *exterꝛi sint*, quod attidet Cujac. 11. Obs. 23.) si de necessariis personis, sunt extranei, qui nec cognati nec affines *L. 2. de in jus voc. L. 16. de reb. auct. jud. poss.* & c. Baro. in §. *cæteri* 3. *I. h. t. n.* 3.

Digitized by Google

interest: cum nec caussa sine suo effectu esse possit, nec effectus intelligi sine caussa, unde oritur. Illuc igitur redeo, quod proposui; cum de acquirenda hereditate quæritur, principio hoc esse statuendum, non omnibus acquiri uno modo: sed quibusdam velint nolint, & necessario; aliis non nisi ipsorum voluntate: Unde illi ex re necessarii dicti sint, hi voluntarii. Qinam hi sint, dixi ex heredum conditione, & qualitate tanquam caussa æstimandum. De qua deinceps videamus.

III. Et voluntariorum una conditio est, ut suo ordine dicetur. Necessariorum non item. Horum duo sunt genera conditione personæ, & re, id est acquisitione, distincta. Quidam necessarii absolute, quidam sui, & necessarii. *Institut. de hered. qualita. & differen. in princip.*

IV. Necessarius heres non suus est servus a domino heres institutus ita, ut ex eodem testamento libertatem simul, & hereditatem capiat, non aliunde acceptu- rus. Cujus definitionis prior pars est in §. 1. *Inst. de hered. qual. in princip.* altera in §. *servus autem a domino, Institut. de hered. institut.* §. *servus quoque, Instit. de hered. qualit. & differ.* Volumus, institutum esse a domino; non tantum ut possit esse in potestate morientis, quæ potestas maxime necessarios facit: §. *cæteri, Institut. de her. qualit. & differ.* sed etiam ut sit testator is, a quo possit servus testamento manumitti; postquam necessitati hereditatis suscipiendæ non subjicitur servus, nisi pro beneficio manumissionis, ut reliqua definitio ostendit. Nemo autem manumittere potest nisi dominus. *L. 4. C. de his, qui a non domi. ma. sunt.*

V. Dominum intelligimus quemlibet, cui hoc nomen recte tribuatur.

VI. Ac primum non eum tantum, qui in solidum dominus sit, sed qui pro parte. Utputa, servus est aliquis communis plurium dominorum. A quibuscunque ex his institutus erit, si institutus potest inde liber, & heres esse, fiet heres necessarius. *L. si servus communis, 66. D. de acquir. hered.*

VII. Ne illud quidem hic intererit, utrum qui nunc dominus est, dominus sit in perpetuum, an ad tempus, dum modo ante diem, quo dominium ab eo recedit, decesserit. Servum alienum redemit quis ab hostibus. Hic non proprie servi dominus est; ut qui hactenus dominus sit tantum, ut servum retinere possit, donec pretium redemptionis ei offeratur. Verumtamen vel hoc nomine interim dominus est, & servum vinculo potestatis retinet. *L. qui testamento, §. potestatis, Digest. qui testamen. fac. poss.* Quocirca & hic sibi instituerit redemptum istum, & priusquam ei pretium offerretur, decesserit, placet institutum liberum fieri, eique heredem necessarium: sic tamen, ut veteri domino jus suum integrum servemus. Quod ita fiet, si vel ipse manumissus domino suo priori æstimationem sui offerat, vel ei maneat obligatus, donec pretium solvat. Hoc in *d. L. si servum quis. in princ.*

VIII. Huic similis est dominus, qui servum emit ea lege, ut intra certum diem eum manumitteret. Quapropter placet hic quoque, si servus ab eo domino sit institutus, & decesserit dominus ante, quam dies venerit, servum necessarium heredem effici. *d. L. si servum, §. 1.*

IX. Ut servus a domino institutus idem fiat liber, exigimus: quoniam si hic institutus, ab eodem domino postea fuerit alienatus, sublata est protinus necessitas hereditatis suscipiendæ. §. *servus autem a domino, Instit. de her. instit.* Nam ipse servus heres esse non potest; quia cum servis ipsis ex ipsorum persona non est testamenti factio. Novus dominus potest per eum heres fieri; sed ita, si volet; non etiam necessario, cum sit extraneus. *d. §. cæteri.*

X. Volumus, hunc ipsum servum libertatem ex ipso testamento capere: quia fieri potest, ut is servus, & heres fiat, & liber: sed libertatem aliunde, vivo adhuc domino, accipiat; puta quia sit a vivo domino postea manumissus; vel quia quid fecerit eorum, propter quæ servi pro præmio libertatem accipiunt, & acceperit. Quidquid horum inciderit, servus necessarius fieri non potest; *d. §. servus autem a domino, Instit. de her. inst. L. testamento, 90. D. de hered. inst.* Scilicet quia servus desinens esse in potestate testatoris, fit testatori heres extraneus; extraneorum autem conditio hæc est, ne sint necessarii. §. *cæteri, Instit. de hered. qual. & differ.*

XI. Postremo servum a domino heredem institutum ita volumus libertatem ex testamento accipere, quo fiat heres necessarius, ut aliunde eam accipere non potuerit. Qui si potuit eam consequi aliunde, ne hic quidem, quamvis testamento manumissus, necessarius heres erit. Veluti, si servus hac lege emptus sit pure, ut manumitteretur, aut ut manumitteretur intra certum diem, & post diem sit

ab

ab emptore heres institutus: aut si is servus pecunia sua emptus sit: aut si servo fideicommissa data sit libertas, & heres hunc eumdem servum cum libertate heredem reliquerit. *d. L. si servum quis.* §. 1. & 2. *de acquir. her. L. si servo.* 84. *D. de hered. instit.* Ratio reddita a Paulo in *d. L.* 84. *qui enim*, inquit, *invito defuncto poterat libertatem extorquere, is liber esse jussus, non magnum videtur beneficium a defuncto consequi. Immo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem.* Quod in superioribus servis contingere ibidem Paulus ostendit.

XII. Ex quibus intelligitur, quod servus a domino heres institutus, fit heres necessarius, non tam in eo caussam esse, quod servus in potestate domini fuerit, quam in beneficio manumissionis a domino ex eodem testamento acceptæ: cum, hoc sublato, nulla sit necessitas hereditatis subeundæ. Servus autem a domino ita institutus, ut definivimus, mortuo domino, fit protinus heres necessarius, ut est in §. 1. *Institut. de hered. qualit. & differ.* Ita tamen, nisi sit institutus sub conditione. Quo casu eventum conditionis exspectari oportet. Veluti si ita institutus fuerit, cum mihi quis heres erit, Stichus liber, & heres esto. In qua specie placet, Stichum non prius liberum, & heredem fieri necessarium, quam hereditas a coherede adita fuerit. *L. ex parte.* 58. *D. de acq. her.*

XIII. Qui hac conditione personæ est heres, is fit heres necessarius: domino quidem ipsi, si domino est heres institutus: sin est filio domini impuberi, quem pater in potestate habuit, substitutus heres, fiet huic heres necessarius. Sic enim jus est, ut, quos testator putest heredes sibi facere necessarios, dum eos instituit sibi, possit & filio, dum eos filio in pupillarem casum substituit. Quo in numero est is servus, quem supra descripsimus. *L. sed si plures*, 10. §. 1. *Digest. de vulg. & pupill. substit. L.* 4. *C. de nec. ser. here. instit.*

XIV. Servum his personis fieri heredem necessarium, hanc significationem habet, ut [3] sive velit, sive nolit, omnino post mortem domini protinus ut liber, ita domino sit heres. §. 1. *Institut. de hered. qualita.* Necessitas hæc in servis absoluta; non ut in liberis defuncti, ita temperata, ut aut abstinendo removeant a se onera hereditaria, aut beneficio ætatis si forte minores sint, restitui possint. Utrumque hoc illis pariter denegatur. *L. necessariis, in fin. Digest. de acquir. hered.* De abstinendi facultate non dubitatur; quam constat edicto prætoris solum datam liberis. *dict. L. necessariis.* De in integrum restitutione potest dubitari: cùm prætor edicto de minoribus polliceatur generaliter, se quod cum minore gestum erit, uti quæque res erit, in integrum restituturum *L.* 1. *D. de mi.* Sed hæc verba sic accepta sunt, ut sit in integrum restitutio, si minores capti, seu læsi sint per infirmitatem ætatis, dum id faciunt, aut omittunt quod bonus paterfamilias non faceret. *L. verum*, §. *sciendum*, *D. de mi.* Non videtur autem captus minor, qui jure communi usus est: idest, qui id fecit susceptive, quod etiam si esset major, & optimus paterfamilias, tamen jure communi facere cogebatur. *L. ultim. C. de in integ. restitut. mi. L. inter*, §. *cum inter*, *D. de fid.* Quo in numero apparet, esse eum servum, quem jure domino necessarium heredem fieri dicimus.

XV. Effectus hic est, ut quoniam hereditas, etsi solvendo non est, heredem in solidum obligat æri alieno: *L. more. D. de acquir. hered.* huic quoque æri obstringatur necessarius iste heres, sive velit, sive nolit. In quo hoc commodum sive dominus, sive filius domini, cui servus substitutus est, consequitur, ut si forte bona, dum non sunt solvendo, in ea caussa sint, ut venire debeant, potius ejus heredis bona distrahantur, quam testatoris, atque ita [4] existimationi defuncti consulatur. §. 1. *Inst. de hered. qualita. & differ.*

XVI. Imposita hæc necessitas liberto justissime, ut tantillum officium patrono præstet pro honore delatæ hereditatis conjuncto cum summo beneficio manumissionis.

XVII.

3) Sine ullo suo facto, sine ulla juris solemnitate. Ergo & demens, & furiosus, & ignorans per §. 3. *I. de her. ab intest.* Vott. in §. 1. *I. h. t. n.* 3. ac etiam olim clausis tabulis, antequam innotesceret ei de hereditate sibi relicta. Vid. Cujac. 8. *ad Afric. ad L. pen. de reb. cred.* Neque tamen hic (uti nec in suis heredibus) exceptio est *L.* 16. *C. de I. delib.* qua traditur, neminem compelli adire hereditatem, ceu vult Accurs. *ibid.* Sic enim esset exceptio latior regula. Regula enim vera esset in uno genere heredum, voluntariorum, exceptio in duobus, suorum, & necessariorum; sed regula illa generalis. Sui enim, & necessarii sunt quidem inviti heredes. Non tamen adeunt. Govean. 2. *Var. lect.* 3.

4) Ut ignominia bonorum venditionis in heredem derivetur. Hot. *ad* §. 1. *I. de hered. instit.* de quo vid. Cont. 2. *de Subsec. lect.* 18. Connan. 10. *Comm.* 5. *n.* 2. Neque tic injuria fit instituto, qui boni consulere debet, quod pro hoc libertatem consequutus aliquis esse incipit, qui prius erat nullus A. Fab. 14. *Conject.* 20. *sub fin.*

Digitized by Google

XVII. Sed si res eo devenict, ut propterea heredis bona distrahi debeant; io ea distractione hæc distinctio bonorum heredis servatur, ut intersit, utrumoe bona, de quibus distrahendis agitur, profecta sint a testatore, an vero ab herede post mortem patroni quæsita. Si a domioo profecta: ut in his servetur jus superius, nec quominus distrahantur, aut distrahantur sub ejus nomine, possit heres ulla abstentione, aut in integrum restitutione consequi, *d. L. necessariis*, *in fin. de acquir. hered.* Sin ipse quæsierit post mortem patroni sui; placet ea ipsi reservari: ut quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea caussa res, quas sibi acquisierit, non veneant, Quod posterius ita simpliciter scriptom est in §. 1. *in fin. Institut. de here. qualit. & differen.* Sed hæc cooditio adiicienda est, quæ traditur in *L.* 1. §. *ultim. D. de separ.* si modo institutus non attigerit bona patroni, & petierit horum bonorum [5] separationem a prætore; quam isto casu impetrat.

XVIII. Addendum & illud ex eo loco, ista conditione impetrare institutum separationem non taotom eorum, quæ postea aequisierit: sed etsi quid ei a testatore debeatur. Quia & hoc vere dici potest a patrono non profectum. Et tamen oon potuit ei deberi a domino nisi naturaliter; quandoquidem hæc obligatio inter dominum, & servum consistere potuit: *L. si quid dominus*, *D. de condic. indeb.* actio inter eos nasci non potest. §. *hi qui*, *Institut. de oblig. quæ ex del. nasc.* Qui potest igitur hic heres petere sibi dari, cujus persequendi caussa non habuit actionem? Non hic actione utitur heres, dum hujus debiti separationem postulat: sed utitur adversus creditores bonorum sibi quæsitorum retentione, quæ bona negat, se alia conditione permittere debere creditoribus, quam si de hoc debito sibi satis factum sit. Sufficit autem ad exceptionem, & retentionem obligatio naturalis. *L. naturales*, *D. de oblig. & act.*

XIX. Quod si necessarius heres attigerit patroni bona, ne reliquorum quidem bonorum separatio ei datur ex suprascripta conditione. Plane si fuerit minor annis, qui se miscuit, etiam huic paratum est auxilium edicti beneficio ætatis, ut restitui possit, quo habeat bonorum suorum separationem. *L. ait.* §. *non solum* 2. *D. de mi.* Ita bonorum istorum consequendorum caussæ habet necessarius heres in bonis defuncti utrumque illud, quud liberis necessariis heredibus datum postea dicturi sumus, abstinendi facultatem; & si major se miscuit, in integrum restitutiooem. Quæ cum denegari legimus in *d. L. necessariis*, *in fin. de acquir. her.* observabimus de his heredibus necessariis dictum esse, qui veliot derelinquere hereditatem defuncti, & id agant, ne teneantur creditoribus omnino. Quam ad rem superiora non concedontur. Prius enim dixerat Cajus, proconsulem suis heredibus abstinendi se ab hereditate potestatem facere, ut quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur; tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed & eos, si se immiscuerint bonis, posse ad eam rem consequi in integrum restitutionem, si sint minores viginti quinque annis. Tandem subiicit ad extremum, servis autem necessariis heredibus hoc non permittitur. Hoc, nempe quod dixerat de derelinquenda hereditate.

CAP.

5) De separatione vide A. Fab. 2. de Error. Pragmat. 2.

Digitized by Google

CAP. II.

Sui heredes, qui: Quæ in his necessitas hereditatis suscipiendæ, & quam recte constituta: Quæ ab ea abstinendi potestas, & unde. Tum quæ in his utriusque rei commoda sint, sive quis velit heres esse, sive velit hereditate abstinere.

Suos heredes partim jus facere, partim testatoris voluntatem. I.
Sui ipso jure qui nam sint. II.
Ut sint jure sui, quatuor necessaria. III.
Ut sint liberi defuncti. IV.
Ut ad hereditatem parentis vocati. V.
Ut in potestate morientis. VI.
Ut sint liberi primo gradu. VII.
Moriente avo, quamvis filius nepotem præcedat, hunc tamen primo gradu, suumque heredem Avo, esse, si exheredatus filius, scripto herede deliberante, decesserit: idemque heres deinde hereditatem repudiarit. Et quare, eo repudiante, nepos suus heres avo existat, adeunte vero, non existat. VIII. IX.
Voluntate testatoris, sui & necessarii heredes sunt fratres, impuberi fratri suo in secundum casum a patre substituti. X.
Qui liberi ista conditione sint, eos, nisi pater necessitatem remiserit, necessarios ei esse heredes. XI.
Quare nec iniquum, neque absurdum videri debeat, filium invitum cogi suscipere hereditatem paternam. XII. XVIII.
Quid sit suum *heredem esse. Verbi hujus significatio, & origo. Filios familias etiam vivo patre dominos existimari bonorum paternorum.* XIII. XIV. XV. XVI. XVII.
Necessitatis subeundæ paternæ hereditatis tria effecta. XIX.
Suos heredes existere etiam ignorantes. XX.
Item furiosos. XXI.
Item pupillos sine tutoris auctoritate. XXII.
Jure civili heredes manere, qui semel, quamvis necessarii extiterint; cogique creditoribus hereditariis respondere. XXIII.
Hanc acerbitatem juris civilis mitigasse Prætorem data potestate abstinendi. XXIV.
In hoc beneficio Prætoris tria spectanda. XXV.
Abstinere in suis idem valere ac in extraneis repudiare: nec ideo tamen horum heredum facta in removenda a se hereditate eadem esse. In quo differant. XXVI.
Suis heredibus, quos voluntas testatoris fecerit voluntarios, si hereditatem admiserint, abstinendi potestatem non dari; cæteris suis heredibus dari certis conditionibus. XXVII.
Hæ conditiones duæ. XXVIII.
Sui heredes post immissionem, si impuberes sint, potestatem habent abstinendi ipso jure; si puberes minores, per in integrum restitutionem. XXIX.
Omnibus suis heredibus etiam impuberibus, per quos factum sit, quo quid ex hereditate amoveretur, abstinendi potestas denegatur. Et quare hic non patrocinetur impuberi ætas. XXX.
Immiscere se in suis heredibus id esse, quod in extraneis gerere se pro herede. Cur, cum idem faciat suus heres, cum se immiscet, quod extraneus, cum pro herede se gerit, nominibus hæc distinguantur. XXXI.
Abstentionis effectus hic, ut qui abstinuerunt, partim pro heredibus non habeantur, partim heredes maneant. XXXII.
Hactenus pro heredibus non haberi dum id agitur, ne retineant hereditatem. In quo abstentionis tres effectus. XXXIII.
Suis heredibus, postquam se abstinuerunt, nihil nocere suos, & necessarios extitisse. Id tria continere. XXXIV.
Eos non teneri creditoribus hereditariis. XXXV.
Si bona, quæ solvendo non sint, distrahantur a creditoribus, ad eos contumeliam hanc non pertinere. XXXVI.
Ipsis actiones confusas restitui. XXXVII.
Ex hereditate nullum commodum percipere. XXXVIII.
Sequentibus gradibus locum facere. XXXIX.
Eos, qui se abstinuerunt, si id non agitur, ut hereditatem retineant, ad cæteras res etiam post abstentionem heredes

Digitized by Google

des manere. In quo tria commoda. XL.

Testamentum, & res ad eum pertinentes, existentia sui heredis confirmari. XLI.

Bonorum administrationem a suo herede bona fide peractu ratam manere. XLII.

Suum heredem, post quam se hereditate abstinuit, non solum posse, si velit, eam repetere: sed si attingat res hereditarias, hoc ipso obstringi hereditati; nisi doceat, se non eo animo fuisse, ut pro herede se gereret. XLIII.

Potestatem hanc adeundi finiri duobus modis. XLIV.

Bonis jam distractis. XLVI.

Triennio exacto: cujus initium varie cedit. XLV.

Epilogus. XLVII.

I. Necessariorum heredum altera species est, [1] sui heredes; sed longe diverso necessitatis effectu. Suos heredes partim jus facit, partim voluntas testatoris.

II. Jure ipso sui [2] sunt heredes defuncto liberi ejus quoque jure sive ex testamento, sive ab intestato ad hereditatem ejus vocati, qui in potestate morientis fuerunt, & sunt primo gradu tunc, cum primnm incipit his hereditas deferri. Quæ qnam vera sit, & recta definitio, ex partibns ejus intelligetur.

III. Quatuor sunt igitur, quæ conjuncta, jure vos heredes defuncto faciunt, superiore definitione comprehensa.

IV. Primum exigitur, ut sint liberi defuncti. §. 1. *Institut. de her. quæ ab intest. defer.* Propterea quod possnnt & alii heredes esse in potestate morientis, & iidem heredes necessarii, ut tamen non sint sui; tantum ideo, quia non snnt ex liberis defuncti: qualis est servus a domino institutus, de qno paulo ante.

V. Secundum, ut sint ad hereditatem parentis vocati. Vel quia testamento instituti, vel quia intestato patre mortuo lege his defertur hereditas. Ut enim sint heredes sui, prius est, ut [3] sint heredes. Possunt autem liberi esse in potestate morientis, & primo gradn, nt heredes non sint; ut quia filius sit exheredatus. Quod si fit,

1) Loriot. *de Jur. arte Tr. 3. de Consanguin. & affin. Axiom.* 16. Suitas, inquit, ob tres rationes junctas inventa: Rationem naturalem *L. ult. de bon. dam.* potestatem patriam *L.* 12. *in fin. de testam.* (in quo dissensit M. Lyclaeus 1. *Membranar. ecloga* 26.) & paternam familiam *L.* 11. *de lib. & post Suitas* autem illativum verbum non est, cum Cicero Appietatem, Lentulitatem &c. dicat; ac Ulp. peregrinitatem *C.* 10. §. 6. *de in jus voc.* Vigl. in §. 2. *vers. sed ut nepos I. h. t.* Cuit. 1. *Conject. ad Fr.* 9. Coras. 3. *Misc.* 16. *n.* 8. Matthaeae. *Lib.* 3. *Epist. legal. C.* 8. *n.* 3.

2) Alciat. *Lib.* 4. *de V. S. in fine* testatur, eog. Polinuum, cum gloriatus esset, se in glossematis juris Accursium superare posse, interrogatum a Socino, quis suus heres esset, obmutuisse. Neque hanc rem cognitu facilem esse Coras. 3. *Misc.* 16. *n.* 1.

3) Quod difficultate non caret. Nam exheredatione perimi suitatem, cum nostre videtur Vacon. 3. *Decl.* 50. *n.* 6. 7. 8. Govean. 1. *Var. lect.* 5. *n.* 16. Hot. 6. *obs.* 5. & fere Cujac. *in L.* 18. *de lib. & post. & in Nov.* 1. *Parte* 1. Matthaeae. *Lib.* 3. *Epist. legal. C.* 9 Ant. Rub. *Tr. de inoff Testam. C.* 14. *n.* 12. & *a. seqq.* Contra Hotom. a se ipso dissentiens 9. *Obs.* 10. A. Fab. 9. *Conject.* 20. Forst. pater a. *de Success.* 18. *n.* 40. Forst. filius. P. 1. *Tract. Iustin. Disp.* 13. *Q.* 30. Treutl. *Vol.* 2. *Disp.* 12. *Th.* 2. Mihi sequentis distinctionis fœdere dissidium, & quæ utrinque sunt difficultates commode componi aliquando visum fuit. Neque ejus me etiamnum sententiæ pœnitet. Aut quæritur, an exheredatus vivo patre suus esse desinet, (& sic respicitur tempus testamenti conditi, eo quod inde usque ad mortem testantis intercedit. Dicitur enim vivo patre suus, & desinere suus *L.* 1. §. 4. *de suis & leg. L. Gallus* 29. §. 13. & *seq. de lib. & post* minus tamen proprie, cum superstitis nulla sit hereditas. Et dicitur adimi vivo patre suitas, non quæ in re existit, sed quæ in spe: vid. Coras. *ad L.* 10. *de adopt. n.* 3. Hot. 9. *Obs.* 10. Et hoc negandum est. 1. Quia Suitas, vivo patre, est spes successionis, a qua non omnimodo excludit exheredatio: cum multis modis contingere possit, ut non sortiatur effectum. 2. Hoc probat *L. postumorum* 13. *de ini. rup.* junct. *L.* 9. § 2. *de lib. & post.* Filio exheredato, nepote in potestate retento, nisi & hic (nepos) exheres scribatur; & filius vivo patre decedat, vel de potestate exeat, nepos, succedendo in locum patris, testamento exheredis scripti, suus fit avo *d. L.* 13. Ea quo clare liquet etiam filium illum, superstite patre, mansisse suum. Quomodo enim alias ei nepos succederet, & si omnino succederet, quare non statim cum exheredaretur filius, nepos factus suus. Nimirum, quia tum adhuc filii, gradu prioris, persona nepoti obstitit. Non obstitisset autem si abscissum ei esset jus sui (quatenus scilicet dicitur vivo patre) neque primum gradum teneret in familia, seu hereditate sperata, sive spe successionis, filius, sed nullum. Proindeque remoto filio, necesse esset locum fieri nepoti, qui a nullo præveniretur. Contra si mortuo patre, etsi ante aditam hereditatem, modo tamen postea adeatur, filius exheredatus fatis concedat, nepos in ejus locum succedendo non rumpit testamentum: adeoque suus non efficitur *d. L.* 9. §. 2. *de lib. & post.* ubi ratio in verbis: *non abscissum, ut superiore casu*, quia jus filii, suitas, seu spes successionis, omnino abscissum. Non vivente adhuc patre, ita enim nec si tunc filius decessisset, nepoti locus fieret contra *d. L.* 13. sed mortuo: illo videlicet tempore, quo testamentum, & sic quoque exheredatio eo contenta, vigorem suum obtinere incipit, cum vivo adhuc testatore, ob ambulatoriam hominis voluntatem incertum & in pendenti esset, an eo testamento relicto decessurus sit. Nisi autem eo tempore suitas adempta esset filio, nulla ratio impediret, quo minus ei morienti nepos succederet, ac testamentum rumperet. Aut quæritur, an mortuo patre, jus sui extinguatur. Et ita demum puto, si testamentum, adita ea eo cum effectu hereditate, exitum sortiatur. Non igitur si infirmetur quoquo modo. Ut si exheredatus id avertat querela inofficiosi: nam tunc res redit ad causam intestati, & is suus heres est *L.* 8. §. 16. *de inoff.* (ubi & hoc notetur, quod si indistincte exheredatus sui jus retineret, nulla esset in *d.* §. 16. dubitandi ratio) vel si petita bonorum possessione contra tabulas id rescindat, *L.* 20. §. 1. *D. mal. tab.* Item si testamentum deseratur, scripto non adeunte: Nam & tunc suus manet, *L.* 12. §. 5. *de bon. Lib. d. L.* 20. *pr. vers. erit ergo venale.* Exheredatio enim non adita hereditate nullius momenti, *d. L.* 20. *pr. vers. Sed cum.* Marito: quia defectu heredis destitutum testamentum, nullas omnino vires habere dicitur, §. 2. *I. Quib. mod. test. infir.* & dicitur intestatus, cujus ex testamento hereditas adita non est, *L.* 64. *de V. S* Perinde igitur est ac si nec exheredatio ulla facta esset, *d. L.* 12. §. 5. Quod si autem cum effectu hereditas ab instituto adita sit, nec ulla ratio, qua res ad causam intestati redire possit, superest: suitatem omnino extinctam esse, nullus dubitat. Et

si fit, [4] hic suus heres non erit, quia non est honorum dominus, qui a patre remotus est. *L. in suis*, versic. penult. *D. de liber. & postu.* quam ob caussam nec obstat scripto heredi, quominus heres sit ex testamento. *L. si quis filio*, *D. de inju. rupt. testamen.*

VI. Tertium ut liberi sint in [5] potestate morientis. *d. §. sui*, *Instit. de her. qualit. & diff.* *d. §. 1. Instit. de here. quæ ab intesta.* Potestas est enim, ut ante dixi, quæ facit necessarios; *d. §. cæteri*, *Instit. de hered. qualit. & differ.* Non alii autem necessarii in liberis, quam qui sui. *dict. §. sui*, *de hered. qual. & differ.* Immo liberi ideo necessarii, quia sui, ut mox dicetur. Potestas est igitur eadem, quæ facit suos. Et hoc quidem certiore ratione, quam illud prius. Potestas enim est, quæ filio tribuit [6] familiam; *L. ult. D. de*

sic exaudio textus *L. 1. §. pen. de suis & legit.* *L. 20. §. 1. Contra tab.* *L. 9. §. 2. de lib. & post.* ubi jus filii abscissum dicitur, *L. ult. Unde legit.* *L. 34. C. de inoff.* Deinde hoc probat *L. 6. §. 5. de acq. her.* ubi nepos, patre exheredato, ab avo institutus, est suus heres. Et hinc exheredatus habetur pro mortuo *L. 1. §. 5. de conjung. cum emancip. lib.* Idque confirmat insuper manifesta ratio, quam & noster hic innuit, de quo *N. seq.* Cui & illa accedit, quod cum institutus aditione dominus efficiatur, necesse sit, exheredatum dominum, atque ita etiam suum, desinere, ne concursus dominorum duorum ponatur: Forst. 2. *de Success.* 18. *n.* 40. Postquam autem adita est hereditas, quia aditio retrotrahitur *L. 57. de acq. her.* *L. 30. ad SC. Silan.* jam ex tempore mortis paternæ jus sui peremptum intelligitur *d. L. 9. §. 2. de lib. & post.* Non enim traditio est caussa submotionis filii, ne quis obstare putet *L. 3. §. 2. de li. & post.* ubi impossibile dicitur, ut filius submoveatur post aditam hereditatem. (Recte. Post aditionem enim jam alii hereditas quæsita est. Submovetur autem exheredatus a bonis suis *L. 11. de li. & post.* nec quod alterius est, mibi adimi potest. *L. non videntur rem amittere, quibus propria non fuit 84. de R. I.*) sed aditio declarat jam voluisse, atque effectum sortitam esse exheredationem, neque rem redire posse ad caussam intestati: adeoque nullam spem nanciscendæ successionis paternæ exheredato superesse. Et ita sentio. At post hæc scripta comperi, non plane absimili modo distinguere. Gomez. *Var. resol. Tom.* 1. *C.* 11. *n.* 19.

4) Vac. 3. *Decl.* 80. *n.* 6. & 7. Ut suus quis sit, tria requiruntur. 1. Potestas. 2. Proximus gradus. 3. Ut bona ad eum perveniant. (Hereditatis adeptio.) Quorum unum si deficit, non est suus. Nam bonis remotis, desinere suum esse lex est in §. 5. *I. de her. ab intest.* 4. Recte. Jus sui est qualitas heredis per *Rub. I. de her. qual. & diff.* A. quo igitur removetur subjectum, ab eo & qualitas Alex. Ficenard. (licet dissentiens) in *Rub. de Exch. pag.* 54. Et ut suus quis sit non tantum requiritur, ut in potestate sit, sed & ut proximum in familia, id est hereditate, (non ut quidam exponunt, agnatione; quia non omnis suus agnatus, nec suitas species agnationis vid. *N.* 6. gradum obtinet.) Non igitur obstat, quod exheredato pupillariter substituitur. *sup. L. 6. Cap.* 25 Neque enim illa substitutio sui jus requirit in filio, sed patriam potestatem ut *ib.* Et si requirit suitatem, tempore testamenti requirit, quo eo filio non admiror. Nec adversatur, quod tutor dari nequit nisi suo *L. 73. §. 1. de R. I.* Datur autem & exheredato *sup. Lib. 3. Cap* 4. *N.* 3. Responsio enim habetur *ibid. in not.* Quæ non evertitur inde, quod aditio retrotrahitur. Nam instans mortis adscribitur vitæ *L. ult. de cond. Inst.* *L.* 18 §. 1. *de man. test.* Objicit Hot. 9. *Obs.* 10. Exheredatus retinet jura sacrorum, *L. 6. de relig.* Respon. retinet eadem emancipatus, *ibid.* Idonee suus. At retinet matrimonium, liberos, tutelam legitimam *L.* 46. *Fam. erc.* & jus agnationis *L. ult. Unde leg.* Respon. Hinc sequitur, non omnem agnatum esse suum. Nam agnationis consequens est suitas, sed qualitas heredis. At retinet nomen sui *L. 6. §. 2. de bon. libert.* *L. 2. §. 8. ad SC. Tertyl.* Respon. Falsum hoc. De abstinente loquuntur dd. LL. non exheredato. At semel heres nunquam desinit. Respon. Neque ego dico desinere heredem, sed nunquam esse incipere. Extingui autem suitatem, non quæ proprie sic dicitur, & revera, sed quæ per anticipationem, quæ in spe est, non in re.

5) Objic. At postumus non est in potestate *L. ult. de collat. bon.* Respon. Nec est suus, sed futurus suus. Vid. Forst. 2. *de Succ.* 18. *n.* 27. & *n. seqq.* Objic. Extraneus adoptatus in potestatem non transit, suus tamen fit *L. pen. §. 1. cir. fi. C. de adopt.* Bell. 1. *Supput.* 3. Respon. 1. non dici, filium esse suum, sed habere jura suitatis. Recte. Id enim docet ibi series sermonis, & certo casu id tantum fit in successione intestati. Vid. Forst. 2. *de Succ.* 18. *n.* 32. & *seqq.* Et tamen ipse Bell. ab ea responsione recedens dicit: Ut suus sit adoptatus ibi, non fieri potestate legis ordinaria, sed absoluta per miraculum. Nugæ. Aliquando tamen patria potestate liberatus jure sui retinet, ut *sup. Lib. 2. Cap. ult. N. 6. & ibi not.*

6) An autem filius suus heres patri agnatus? Affirmo cum ICto *in L. 12. de suis & legit.* rejecta emendatione, Alc. 3. *Parerg.* 25. & Hot. 1. *Obs.* 17. negationem *d. L.* 12. inserentium. Et expositione Rævar 5. *Var.* 1. quasi *d. L.* 12. hic sit sensus: Postumus natus post mortem patris, agnascendo rumpit testamentum Vid. *L. ult. §. 3. de grad.* *L. ult. § 2. C. de codicill.* *L. pen. §. 1. Quis ordo in bo. pos. serv.* Cui. 14. *Obs.* 10. & *ad Nov.* 118. Loh. 1. *Lec. lect.* 2. Gilb. *Leg.* 2. *Enunt.* 13. Vult. *in pr. I. de leg. ag. Success. n.* 6. A. Fab. 10. *Conject.* 12. Separatur equidem servus heres ab agnato in L. 12. tabb. *Si intestatus moritur, cui suus heres non extabit. Agnatus prox familiam habeto*, sed & consanguinei separantur ab iisdem: nec tamen quisquam infert, consanguineos non esse agnatos: Separatio fit, quia non eodem jure sunt omnes agnati. Cujac. *d. lo.* Objic. *L. 7. D. Unde Lib.* ibi, qui sine dubio non est agnatus. Respon. A. Fab. *d. Cap.* 12. Non est agnatus, scilicet proximus, qualis esse debet ex lege 12. tabb. si futurus heres, & quem solum quoad caussam hereditatis lex 12. tabb. pro agnato habet. Sensus igitur hic, Si non vocatur ut suus, neque vocabitur tanquam agnatus. Alter Gilb. *Reg. d. C.* 13. & Cui. *d. C.* 11. quem *ibid.* Faber refellit. Quæ licet ita sint, insche tamen inde a Cujac. *d. C.* 11. colligitur, Suitatem esse speciem agnationis. Quod multis modis falsum est. 1. Quia agnatio intercedit inter patrem, & filium, maxime vivo patre. Suitas autem vero, & proprie consideratur mortuo patre: vid. *sup. N.* 3. *Cap.* 2. Agnatio est jus sanguinis. Suitas est qualitas heredis; vid. *sup. N.* 4. *Cap.* 3. Suitatis nulli sunt gradus, sed quisque primo gradu suus. Agnationis autem sunt gradus etiam in liberis *L. ult. §. 1. ibi usque ad 4. gradum agnationis C. de codicill.* Nepoti igitur successio in locum patris defuncti, vel emancipati jus sui tribuit, agnationem non æque. Licet enim per hoc in primo gradu, quoad suitatem constituatur: aliter enim nec fieret suus: manet tamen patri secundo gradu agnatus *d. §.* 2. 4. Substitutus pupillariter fratri a patre fit ei suus heres ex ordinatione patris *L. 10. §. 1. de vulg.* Et ita æque utrique patri, & fratri suus. Non æque utrique agnatus; sed illi in primo gradu lineæ rectæ, huic in secundo transversæ. 5. Suitas perimitur manente agnatione. Ut conditione *si volet* institutioni adjecta, Don. noster hic: agnatio tamen non solvitur. Item exheredatus adita cum effectu hereditate, suitatem perdit per dicta *sup. N.* 3. *Cap.* 4. agnationem non amittit *Leg. ult. D. Unde legit.* Nam si patri agnatus post mortem esse desineret, etiam, in consequentiam, fratribus, quod negat *d. L. ult.* Habetur enim agnationis ratio, etiam post mortem alterius *L. 5. de grad.* *L. 6. de suis & legit.* licet non sit proprie mortuus cum iis, qui post mortem eorum concepti *L. 8. de suis & Legit.* 6. Denique nec olim omnis suus heres erat agnatus: Nam uxor, quæ in manum conveniebat, erat mariti sua heres. Agel. 18. *Noct.* 6. Ulp. *l.* 22. §. *sui* 14. Cajus *Il.* 3. *Inst.* relatus in *frag.* Pythoei. *Collat. LL. Mosaic. Tit.* 16. Brim. *de Ri. nupt. p.* 438. Ræv. *ad LL.* 12. *tabb. C.* 21. ex lege Romuli, si recte Manut *de LL. Rom. p.* 114. Quæ tamen agnata non fuit: quia nec cognata. Nam si cognata fuisset, ob idipsum matrimonium inter eam, & maritum non constitisset. Cognationem quippe, etiam mere civilem, non modo contrahendis nuptiis obstare, sed nec contractis supervenire posse argumento mihi est §. *inter* 2. vers. & *ideo I. de Nupt.* licet dissentire videatur Cui. 27. *Obser.* 6. Tametsi autem eam

Digitized by Google

D. de cap. mi. ac per familiam bnna: idest id jus, ut, vivo quoque patre, filius existimetur dominus bonorum paternornm. *L. in suis*, *D. de liber. & postu. L. pronuntiatio*, §. 1. *D. de verbor. significat.* Si filius emancipatus sit, aut aliter exierit e potestate; continuo familiam, & cum familia jus, quod ex familia consequebatur, amitti. *d. L. ultim. de cap. mi.* Ideo liberi matri non sunt sui beredes: §. *cæteri*, *Institut. de hered. qualit. & differen. L. illud.* §. *ad testamenta*, *D. de bonor. possess. contr. tabul.* quia fœminæ libaros in potastate non habent. *d.* §. *cæteri*, §. *fœminæ*, *Institut. de adoptio.* Sic nec avo materno: quia liberi patris, non matris familiam sequuntur. §. 1. *Institut. de legit. agnat. tutor.* Emancipati quoque, & qui aliter in potestate patris esse desierunt, hac de caussa sui essa desinunt. *d.* §. *cæteri*, *de hered. qualit. & differen.* §. *emancipati*, *Institut. de hered. quæ ab intesta. defer.*

VII. Postremum est, ut sint libari 7 primo gradu. Itaqua si quis est filius solus in potestate morientis patris, aut, mortuo filio, si quis solus nepos in potestate avi; bi 8 sui sunt heredes; ille patri. hie avo. Quod si defuncto sint filius, & ex filio nepos; quamvis ambo in potestate morientis; solus tamen filius suus est; nepos non est suus, quem pater gradu in jure sui præcedit. Tunc solum suus futurus, cum pater ejus, vivo patre suo, suus esse desierit, aut morte interceptus, aut aliter liberatus patris potestate. Tunc enim nepos in locum patris succedit. Hæc in §. *sui*, *Institut. de hered. qualit. & different*, §. *ita demum*, *Instit de here. quæ ab intest. def.* Ex quo intelligitur, si filio, & nepote ex eo relictis, semel filius suus heres axstiterit dafuncto; nunquam nepotem avo suum heredem futurum. Finge, filium postaa se abstinera: Fiet quidem nepos avo heres eo jure, quo post filios defertur hereditas successorio edicto nepotibus, & reliquis inferioribus gradibus. §. *placebat*, *Institut. de legit. agnator. success. L.* 1. §. *quibus*, *D. de succ. ed.* Et maxime post constitutionem Justiniani *Novell. de hered. ab intest. venien.* qua placet, omnes cognatos secundum prærogativam sui gradus ad successionem ab intestato vocari. §. *si vero neque.* Sed in ea successione nepos suus non erit. Sive, quod qui se abstinat, non desinit esse suus heres, ut dieetur postea: sive quod hic nepos, qui primo gradu in potestata non fnit, non potest esse suus ex definitione. Qua ratione fieri recte dixerimus, quod a vateribus traditum est, in suis heredibus successionem non esse. *L.* 1. §. *scienlum*, *D. de suis*, *& legit.* Non anim hic plures sunt sui heredes diverso gradu, ut diei possit, primo remoto, alterum in locum prioris succedentem suum heredem futurum: sed unus tantum suorum gradus est, & is primus. In quo eum semel prius hares exstiterit, non potest, qui in sequenti gradu est, dici succedera ut suus, cum suus esse non possit. Sane si filius desinit suus asse vivo patre, dicimus napotem ex eo succedere in locum patris suum heredem ex *L. Velleja*, §. *cum filius*, *Inst. de her. quæ ab int. def. L. Gallus*, §. *videndum*, *D. de lib. & post.* Sed tum sueeedit in locum extranei nepos suus: non autem suus in locum sui; quod hæc definitio non patitur.

VIII. Illud hoc loco monendi sumus, cum quæritur, an nepos sit primo gradu, necne; quo diei possit, eum suum heredem esse, aut non esse; eo tempore quærendum esse, non cum parens moritur, sad cum primum liberis 9 defertur parentis hereditas, ut addidimus in definitio–

eam mulierem loco filiæ teneretur. Boet. *in Top. Cic.* & Cajus *d. lo;.* non tamen fuisse vere filiamfamilias vel inde patet, quod testamenti condendi jus habuit Ulp. *tit.* 20. § 15. Quin immo ea potius sola proprie erat materfamilias, ut liquet ex Cic. in *Topicis*: Genus, inquit, *est uxor: Ejus duæ formæ: Una matrumfamilias; hæ sunt, quæ in manum convenerunt*, &c. Quid quod & maritum hujusmodi uxori suum heredem fuisse videtur innuere Serv. in *illud Virgilii* 7. *Aen.*

. . . . *Externusque in regnum quæritur heres.*

Rectius tamen dicetur, maritum uxori heredem quidem fuisse, sed non suum, Cont. 2. *Subsec. lect.* 10. quia suum nulla fœmina habet *L. nulla* 13. *de suis & legit.* tum quia familiam non ducit propriam, tum quia in potestate non habet. Ræv. *ad L.* 54. *de R. Jur.*

7) Quod ferat. 2. de *Succ.* 18 n. 38. *&* n. 47. verum putat successione intestati; secus esse in successione ex testamento, & secundum voluntatem testantis: ubi & nepos, ex exheredato, institutus suus est, *L.* 6, §. 5 *de acq. her.* Sed præsupponit, quod superius refelli, exheredatione non perimi jus sui. Dissentire videtur & Lel. Taur. *in Com. ad Gallum & L. Vellejam* omnes in familia descendentes gradatim suos fuisse asserens.

8) Cujac. *in L.* 20. *delib. & postum.* non plene vulgo definiri suum, qui in potestate est mortis tempore, *per L.* 9. §. 2. *de li. & postum.* Igitur definit: qui in familia est proximior delatæ hereditatis tempore. Morte filius fit sui juris, non tamen desinit esse in familia. *L.* 3. § *ult. ad SC. Macedon.* Et finge, inquit, Filiusfamilias institutus est sub conditione potestativa. ex. gr. Si Alexandriam eat. Post mortem se dat in arrogationem. Postea it Alexandriam. Non est suus heres: Esset autem, si vulgaris descriptio proba, & perfecta. Ideo 4. *ad Afric. ad L.* 16. *de lib. & postum.* definit suum Qui ex liberis, in familia priorem gradum tenet delatæ hereditatis tempore. Definitiones alias suitatis refert Ferat. 2. de *Succ.* 1[2] n. 24.

9) De qua vid. Cuj. 4. *ad Afric. ad eam L. &* 3. *Obs* 21. Duar. *ad eam L. in com. ad tit. D. de lib. & postum. circ. fi. fol.* 363. Gov. 1. *Var. lect.* 4. *& Lib.* 1. *Animadv. ad eam L.* Heur. e Suerin. *Repet. lect. C.* 35. A. Fab. 1. *Conj.* 10. *&* Pac 6. Q. 89.

nitione. Sumptum ex §. *cum autem quæritur*, *Institut. de hered. quæ ab intesta. defer.* Nam si ante id tempus fuit defuncto filius, & ex eo nepos; si interim decesserit filius: deinde cœperit hereditas deferri nepoti, nepos suus heres erit. Quod accidit in hac specie. Qui filium habebat, & ex eo nepotem in potestate, testamento extraneum heredem instituit filio exheredato, nepote præterito. Mortuo testatore, non deferri hereditatem filio exheredato certum est. Non enim defertur ex testamento ei, qui scriptus non est: nec potest deferri ab intestato, quandiu testamentum valet, & ex eo potest adiri hereditas. *L. quandiu potest*, *D. de acquir. hered.* Valet autem testamentum, cum filius rite est exheredatus. *L. non potuit*, *in princip. D. de bonor. possessio. contr. tabul.* Sed nec ideo testamentum nullius momenti est, quia nepos est præteritus. Non enim debuit ab avo hic nepos exheredari, quem pater præcedebat. *L. si quis filio*, *in princip. D. de ini. rupt. testamen. L. scripto*, *in princip. illic*, *cæterum. D. unde lib.* Ita fit, ut nec nepoti isti hereditas deferatur, quandiu ex testamento hereditas potest adiri. Testamento ita constituto, dum deliberat heres de adeunda hereditate, quo tempore neutri ex liberis hereditatem deferri diximus, quia ex testamento adiri potuit: moritur filius. Deinde heres scriptus omittit hereditatem, aut morte ejus certum fit, eum heredem esse non posse. Qua ex re destituto, seu irrito facto testamento, avus intestatus efficitur. *Instit. de here. quæ ab intest. def. in princip.* Unde & intestati hereditas incipit deferri nepoti, quem tum gradu nemo præcedit. §. t. *Instit. eod.* Quæritur, iste nepos in hac successione cujusmodi sit heres avo: suus, an voluntarius. Voluntarius, dixerit aliquis, non suus; utpote quem, mortuo avo, pater gradu præcesserit. Placet, eum suum heredem futurum; quia, quo tempore certum est, intestatum decessisse patremfamilias, id est quo tempore primum deferri cœpit ejus hereditas liberis, solus invenitur nepos. Qui quia tum primum gradum obtinet, ideo etiam sit suus. Et hoc ita respondetur in *d. §. cum autem*, *Instit. de her. quæ ab int. def.* In quam sententiam & Papinianus de eadem specie respondens in *L. scripto. D. unde lib.* objectionem, quæ hic occurrebat, paulo pluribus diluit. Sic igitur ille scribit: non videbitur pater obstitisse huic nepoti: quoniam post patris mortem legitima defertur hereditas. Quasi diceret, quoniam patri vivo nunquam hereditas delata est, ut dici possit, eum in hac hereditate nepotem præcessisse. Non enim ei deferri potuit ex testamento, utpote exheredato: nec potuit ab intestato, quæ solum post ejus mortem ab intestato delata est. Idque est, quod apertius subjicit: *nec dici potest*, inquit, *heredem non suum nepotem fore*, *quod proximum gradum nunquam tenuerit: cum & ipse fuerit in potestate*, *nec pater eum in hac successione prævenerit.* Ejusdem rei nobile exemplum est in specie Africani in [10] *L. si filius*, *D. de lib. & post.* Hoc est igitur, quod volumus, quamvis, moriente avo, filius nepotem præcedat; sic tamen post mortem avi nepotem suum heredem exsistere posse, si filius prius, quam utrique deferretur hereditas, decesserit; sic deinde cum cœpit nepoti deferri, solus reperiatur nepos, qui in ea successione primum gradum teneat, & semper tenuerit: ut proinde & hoc tempus sit spectandum, cum quæritur, an nepos sit primo gradu, & suus haberi debeat, an non debeat.

IX. Atqui in suprascripta specie, si post mortem filii scriptus heres adire velit hereditatem; placet, ei licere, & nepotem excludi. *L. si quis filio*, *in pr.* 8. *de ini. rup. test.* Cur non potius dicimus etiam hoc casu, mortuo filio, nepotem suum heredem exinde fieri: atque ita præteritum infirmare testamentum, & ab intestato sibi locum facere? Quia non statim, filio mortuo, hic nepos fit avo heres. Obstat enim ei testamentum jure factum, ex quo adiri potest hereditas, quandiu heres scriptus exclusus non erit. Non potest autem dici nepos suus heres avo, qui ne heres quidem est, ut supra dixi. Sed cur non rumpit testamentum præteritus? Quia nec testamenti facti, nec mortis avi tempore fuit is, quem instituere, aut exheredare oporteret vel jure civili, vel prætorio; ut quem pater ejus, & is quidem in potestate testatoris manens, præcederet. *d. L. siquis filio*, *in fin. princ. de ini. rup.* Ex supe-

10) Mihi sic videtur. Quia ex aditione pendet valor exheredationis ideoque vel suitas perimitur, ea sequuta, vel manet, non sequuta, ex traditis *sup. N. 3.* igitur si deliberante scripto, filius exheredatus decedat, quoad in pendenti est aditio, in suspenso quoque jus sui Quapropter si postea adeat scriptus heres, nepos non fit suus, quia ex aditione (quæ retrotrahitur) jam a mortis testatoris tempore suitatem filii dum adhuc viveret, exstinctam liquet. Sin non adeat nepos fit suus, quia nec unquam exheredationem valuisse ex hoc eventu apparet: vid. *L.* 10. *ad SC. Silan.*

superioribus autem temporibus via testamenti spectatur, ut consistat, & exitum habeat. §. *in extraneis*, *Institut. de her. qual. & diff.* Sic fit, quod Papinianus scribit in *d. L. scripto. unde lib.* Ut filius in proposito, qui non obstat nepoti jure intestati, jure testati videatur obstitisse. Merito: nam, quo tempore de testamento constituendo agebatur, filius vixit, qui ob id potuit nepoti obstare. Cum autem hereditas ab intestato deleta est, repudiante herede scripto, jam filius decesserat. Qui proinde in successione intestati postea delata non potuit nepotem prævenire. Quo fit, ut in hac successione sit primus ex liberis. Ideo & suus.

X. Atque hi sunt, qui jure ipso, & conditione ipsa personæ sui sunt defuncto heredes. Quidam sunt, ut dixi, quos voluntas testatoris suos facit, cum alioqui defuncto, cui heredes dati sunt, conditione personæ nequaquam sint heredes sui. Hi sunt. Qui patri jure ipso sui heredes constituti, puta filii, iidem filio ejusdem patris impuberi fratri suo heredes in secundum casum substituti sunt. Sic enim fiunt & impuberi sui heredes, tametsi nec sint liberi ejus, nec in ejus potestate. Nempe ita jus est, ut cum substitutio pupillaris quodammodo sit testamentum patris; placeat, quos potest testator heredes sibi facere necessarios, posse [11] eum & facere filio, ut servum suum, & fratrem impuberis, quamvis nondum natum. *L. sed si.* 10. §. 1. *D. de vulg. & pupil. substit.* De quo & nonnihil attigimus Libro superiore in pupillari substitutione: idemque facimus superiore Capite in servis necessariis heredibus.

XI. Qui liberi ista conditione sunt, iidem defuncto parenti tam ex testamento, quam ab intestato, item filio cui e parente heredes dati sunt, necessarii sunt heredes. Nisi quid tamen pater hanc necessitatem testamento remiserit, potestate filio facta suo arbitrio hereditatem suscipiendi. Sciendum enim hoc loco est, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, si volent, seu si voluerint. Hac autem conditione institutos, non jam ut necessarios, sed sua sponte heredes exsistere. Idemque esse, si sub alia quevis conditione instituti fuerint, quæ sit in ipsorum potestate *L. jam dubitari*, 86. *in princ. & fin. D. de her. inst. L. verba.* 12. *D. de cond. inst.* Hanc quidem patris voluntatem esse in superioribus conditionibus, ut ita fiat, ipsæ per se conditiones satis ostendunt. Restat, ut voluntas jure confirmetur. Hoc vero præstat lex duodecim tabularum, quæ uti quisque legesset rei suæ, ita jus esse jubet. *L. verbis*, *D. de verb. sign.* Cæterum extra hanc voluntatem si de conditione personæ tantum quæritur; ita est, ut dixi, conditio superiorum liberorum, ut qui jure sui heredes futuri erant, iidem quoque testatori sint necessarii heredes eodem plane sensu, quo servos heredes e domino institutos necessarios heredes fieri diximus; ut scilicet omnino sive velint, sive nolint, heredes fiant. §. *sui. ver. necessarii*, *Inst. de her. qual. & diff.* Sed id jure civili, id est, lege duodecim tabularum. Beneficio autem prætoris hereditatis a se removendæ facultatem habent. *d. §. sui. in fi.* De beneficio hoc prætoris postea suo ordine. Nunc hoc statuatur, jure civili liberos, qui sui heredes sunt, eosdem esse & necessarios. Quod quoniam non frustra statuitur etiam post beneficium prætoris, ut postea patebit: ideo quam rationem id, quamque vim habeat, prius considerandum est.

XII. Ac primum de jure ipso occurrit, quod dubitetur, quam recte fuerit constitutum. Iniquum enim esse, nec tantum iniquum, sed etiam absurdum, filium invitum cogi suscipere hereditatem paternam. Iniquum; quia si in hereditate deferenda onus imponitur, fit contra rationem naturalem, & civilem, quæ dictat, meliorem conditionem alterius facere licere etiam ignorantis, & inviti, deteriorem non licere. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Sin defertur beneficium; pugnat cum regula juris, qua efficitur, invito beneficium non dari. *L. invito*, *D. de regul. jur.* Est etiam absurdum. Nam extraneis heredibus ad hereditatem vocatis potestas est repudiandæ hereditatis, nec quisquam invitus damnosam adire cogitur. *L. nec emere*, *C. de jur. del.* Absurdum, & præposterum, plus concedere extraneis in hereditate defuncti, quam liberis in bonis patris: cum omnis humanitatis, & naturalis caritatis erga liberos ratio suadeat, cum liberis liberalius, & benignius agi debere. Hanc objectionem diluit *suorum* adjectio: dum sui dicuntur simul, & necessarii. Sunt autem hi optimo jure sui heredes, ut nihil sit in eo nec iniqui, nec absurdi. Optimo ergo jure & necessarii. Horum utrumque ita esse intelligemus, si scierimus, quid sit hoc *suum heredem esse*, & cur ita dicantur, quos suos vocamus. Quæ enim verbi significatio & ratio

11) *L. Jul.* 41. *in fi. pr. de acq. her.* Forst. 2. *de Succ.* 18. n. 35. Dion. Gor. *ad L.* 2. §. 5. & *seq. de Vulg.* n. 35.

Digitized by Google

ratio est, eadem & rationem propositæ necessitatis continere reperietur. Ut vel utraque de caussa faciendum sit hoc loco, ut ratio hujus verbi paulo diligentius spectetur; sive quod qui liberi sunt in potestate morientis, non minus hic dicuntur sui, quam necessarii; immo prius sui quam necessarii: sive quod etsi de verbo suorum propter se quærendum non esset, tamen ideo esset quærendum, ut sciremus, cur essent necessarii heredes, ut volumus, quod alioqui non recte statui videretur.

XIII. Quid sit necessarium heredem esse, omnes intelligunt ex significatione verbi nota, ex §. *sui*, *Inst. de her. qual. & diff.* Quid sit *suum* esse, parum liquet. Si dicemus cum Justiniano, suos heredes ideo appellari, quia [12] domestici heredes sunt, quasi suus heres significet domesticum heredem, & proprium: *d.* §. *sui*, usus, & significatio verbi nos coarguet. Non enim recte dicam; iste homo est mihi suus, pro eo quod est, iste homo est mihi domesticus, aut mihi proprius. Ne multis morer; hic suus heres plane eadem forma, eodemque modo dicitur, ut meus heres, tuus heres. Nam hæc omnia, mutatis tantum personis, idem significant; nempe possessionem ejus de quo dicuntur. Unde a grammaticis appellantur possessiva. Ergo ut meus heres dicitur, qui mihi successit: tuus heres, qui tibi successit: ita recte & apposite dicetur suus heres, qui successit sibi, qui suus successor est, seu qui seipsum sibi successorem habet. Hanc vim subesse huic verbo primus conjecit Viglius ad §. *sui*, *Inst. de her. qual. & diff.* sed ita, ut in eo nihil certi habeat, nec tradat cæteris. Eodem enim loco scribit, heredem suum esse, quasi domesticum, proprium heredem, & domi natum, quasique sui ipsius heredem, inter quæ multum interest. Nam proprius, & domesticus heres dicitur, qui proprius est, & domesticus patri heres. Nunc autem [13] suum heredem dicimus, qui ipse heres est sibi. Quod & sequi debemus: non solum propter analogiam, quæ est inter ista, heres meus, heres tuus, heres suus, de qua dixi supra: sed etiam quia verbum *suus* reciprocum esse constat: cujus hæc vis est latinis, nec minus omnibus juris auctoribus, ut alicui tributum non significet aliquid alienum; sed id quod sit ejus, de quo loquimur, utpote ad eum se recipiens, unde profectum erat. Itaque [14] cum dicimus filium esse suum heredem, si recte loqui volumus, non significamus, eum esse heredem patris, etiamsi maxime addiderimus esse domesticum: alioqui significaremus, eum esse alienum heredem, seu heredem alterius, quod reciproci significationi non convenit. Sed significamus, ut dixi, id quod vis verbi latinis exprimit, eum esse heredem vere suum: idest sui ipsius heredem, seu sibi ipsi heredem. Significatio hæc verbi est, quæ quidem salva ratione latini sermonis & usus veterum juris auctorum in loquendo possit defendi. Rationem verbi, seu unde hæc appellatio nata sit, videamus.

XIV. Et vero significatio quam optime rei convenit. Sic enim res habet, ut cum [15] filii sui heredes succedunt patri mortuo, quam-

12) Græcis αὐτοκληρόνομος, quia pater in filii persona quodammodo redivivus. Sic Lactantius de Phœnice. Ipsa sibi proles, *suus* est pater, & *suus* heres. Et est hæc vox forensis non oratoria, relate non ad patrem, sed ad eum ipsum; Sic dicitur quis in *suam* tutelam venire *L.* 5. *Quib. ex ca. mai. L.* 51. *de Leg.* 3. Hot. 9. *Obs.* 10. Quomodo & Seneca suum assentatorem usurpat, qui sibi ipsi. 5. *de Benef.* 7. *Forn. ad L.* 120. *de V. S.* Vorcat. *Diol* 36. *n.* Balduin. *in* §. 2. *I. h. t. n.* 5. Con. 10. *Comm.* 2. *n.* 1. *&* *C.* 6. *n.* 7. Vacon. 3. *Decl.* 50. Jus Civile ait, filiis nomen suorum imposuit, videns patrem, & filium fere eamdem esse personam, & bona patris ratione naturali quasi debita liberis ubi & *N.* 5. Quos vivo patre dominos, idcirco heres suus, id est suorum bonorum dominus.

13) P. Greg. 42. *Synt.* 35. *n.* 28. Curt. 1. *Coni. ad frat.* 8. suum dici quasi domi natum, non electum, aut aliunde adscitum. Qui tamen idem non ad sperata bona, sed tanquam sua, & semper possessa illum vocari. Coras. *Epistolic. qq. C.* 2. suum dici, quasi naturalem, proprium, & domesticum; relatione ad defunctum habita, non ad seipsum, quia, inquit, eum hereditas superstitis non sit, oportet, esse distinctas personas heredis, & defuncti: laudatus *a* *For.* 2. *de Succ.* 18. *n.* 7. Idem tamen Coras. 3. *Misc.* 16. *n.* 6. suos dici quasi proprios, & sui ipsius quodammodo heredes. Utraque opinor, notatio vera; nec recte noster Imperatorem insectatur; Quia enim ut sit, & dicatur suus, est ab unionis fictione: Inde &, ut idem, qui vere patri heres est domesticus, tamen quia eum patre idem homo censetur, etiam sibi ipsi heres, & succedat.

14) Diss. Baro *in* §. 2. *I. h. t.* scribens, loquutionem hanc peculiarem esse ICtis; nec reciprocationem, aut relationem ullam habere: sed absolute dici suum, qui non est extraneus. Hot. 9. *Obs.* 10. Oratorum more, ait, ICti loquuntur, cum dicunt: mulier *suum* filium in potestate non habet: agnoscere filium *suum*. Nec enim continuo qui filium suum, idem suum heredem agnoscit *L.* 1. §. 12. *L.* 3. *de agnosc. lib.* His in loquutionibus verbum *suum* refertur ad parentum. At ubi forense est hoc verbum, refertur ad eum ipsum. Ut *in L.* 31. §. 1. *de acq. her.* parere suum heredem (ubi non potest verbum *suum* referri ad matrem, quia illi non est suus heres.) Pari prope modo sui, qui suæ mentis, oppositi furiosis *L.* 7. §. 9. *Quib. ex ca. in poss. eat.* in suam tutelam venire, &c. Et fere ita observatur, ut suus heres dicatur juridice, heres suus oratorie. Perabsurde vero, qui nos sic loqui volunt. Habeo meum heredem, &c. quos maxime refellunt *L.* 1. §. *si quis L.* 8. de *Carb. ed. L. pen.* §. 1. *de castr. pec. L.* 1. §. 12. *de agnosc. lib.* *&* *simil.* Hæc Hot.

15) A. Fab. 1. *Jurispr. Tit.* 2. *Pr.* 5. *Ill.* 3. *pag.* 51. Ex subtili ratione nullam esse hereditatem in suis, & quandocunque dicitur, id fieri ad usum tantum accommodate. Nulla, ait, hereditas sine juris fictione. Nulla fictio sine necessitate: Nulla necessitas inducendæ per fictionem hereditatis, nisi ad continuandum dominium in heredem, &c. Unde nec sui vocantur ab hereditate *L.* 12. *tabb.* sed positi tantum sunt in conditione; Si suus non erit, agnatus familiam habeto. Et Hot. *in pr. I de Exher.* suum propie relinqui potius, quam instituti heredem. Quem enim Lex facit heredem, institutione non egere. Sed hæc cum grano salis accipienda, nec simpliciter admittenda. Heredi-

dhas

quamvis dici possint heredes patri, nihilo tamen minus sibi ipsis quoque succedere videantur, & vere sibi ipsis esse heredes. Quod jus ex eo est, quod filii, qui sunt in potestate morientis, etiam ante quam heredes exsisterant, [16] domini fuerunt, qui, etiam vivo patre, domini existimantur bonorum. Id quod propositum est Paulo probare in *L. in suis*, *D. de lib. & post.* dum id agit, ut probet, in suis heredibus nullam hereditatem paternam vere intelligi, quo efficiat scilicet hac ratione, recte eos suos heredes nominari. Hoc quia ex illo priora efficitur, ideo ad prius illud probandum omnem probationem contulit, idque fecit accuratius. Probat ergo, liberos suos heredes jam olim dominos bonorum existimari etiam vivo patre. Primum appellationibus patrisfamilias, & filiifamilias. In quibus apparet patrem a filio distingui solum in eo, quod alter genitor est, alter genitus. At familiæ verbum utrique pariter tribuitur: ut intelligamus, familiam utriqua esse communem. Familiam, id est bona, & quæ sunt propria familiæ, ut est hujus verbi significatio exposita in *L. pronuntiatio*, §. 1. *D. de verbor. signific.* Probat item ab effectis. Nam filii qui in potestate morientis fuerunt, etsi heredes instituti non sint, tamen, mortuo patre, domini sunt ipso jure. §. 1. *Inst. de hered. quæ ab int. def.* Unde, his præteritis, nullum est testamentum. *L. inter cætera D. de lib. & post.* Quod non alia de caussa accidit, quam quod domini fuerunt bonorum jam ante; a quibus nec removeri potuerunt, nisi exheredatione. *L. ultim. D. de bon. dam.* Unde & suo jure ea retinent, si non sint exheredati retinentes, omnem alium heredem scriptum ab hereditate removent, atque hoc modo faciunt, ut nullum sit testamentum, nemine herede utiliter instituto.

XV. Non obstat, quod filii dicuntur heredes patri, id est successores in aliena, quæ defunctus habuit, ut est hereditatis definitio. *L. hereditas*, *D. de regul. jur.* Hoc enim non propria dicitur; magis, inquit Paulus, hæc suorum heredum successio continuatio quædam est prioris dominii, quam successio; dum scilicet filius novum dominium non consequitur, sed quod prius habuit vivo patre, etiam nunc, eo mortuo, continuat: ut sit unum idemque dominium. Hæc continuatio, inquit, eo rem deducit, ut nulla videatur in suis heredibus hereditas fuisse. Jam enim dixi, hereditatem successionem esse in aliena bona; nempe quæ defunctus habuit, cum moritur. *d. L. hereditas*, *de reg. jur.* Continuatio autem indicat suum heredem in suis bonis perseverare, non in aliena succedere.

XVI. Nihil ad rem pertinet, quod filius, mortuo patre, consequitur aliquid, quod prius non habuit: id est ut possit suo jure de bonis statuere, quod prius non potuit. Hic enim, inquit Paulus, non consequitur bona, quæ prius quoque ejus fuerunt; sed magis liberam bonorum administrationem, quam prius non habuit.

XVII. Non obstat etiam, quod licet patri filium exheredare: id est removere a suis bonis. Nam, inquit, & filium olim occidere licebat. Significat, patrem non ideo exheredatione removere filium, quod bona prius filii non fuerint. Alioqui nihil opus erat exheredatione; sed poterat id consequi tacendo, & filium omittendo. Sed removet ideo, quod cum bona filii essent, tamen permissum est patri pro patria potestate eum a successione, removere, si videatur indignus successione. *d. L. ultim. in princ. D. de bon. dam.* Argumento esse, quod patri pro eadem potestate & filium occidere licuit. Quod quidem certissimum argumentum est non recte colligi, quia filium exheredatione a bonis removere licuit, idcirco bona filii antea non fuisse. Constat enim, nihil tam proprium esse cujusque, quam vitam: quæ omnibus hominibus servis æque ac liberis a Deo tributa ita est, ut nisi vivant, homines non sint. Potuit nihilominus pater jure potestatis filio vitam adimere occidendo. *L. ultim. C. de pat. pot.* Neque tamen quisquam ex eo colligit, vitam, quæ adimitur a patre, non esse propriam filiorum. Quare nec ex eo, quod pater exheredatione adimere potest bona filio, colligi potest, aut debet, bona propria

ditas non est in suis, id est non necesse est intermedio tempore (quod hic nullum) fingi hereditatem jacentem Forst. 2. *de Succ.* 8. n. 6. quæ interim, quoad adeatur, defunctum repræsentet. Alias opinor maxime omnium proprie heres est filius. Si filius ergo heres, inquit Apostolus ad Galat. C. 4. v. 7. Gignuntur, non scribuntur, heredes, scribit Sym. *Li.* 1. *Ep.* 15. Et soli filii vere exheredantur, &c. Parum autem subtilem agit Faber dum scribit, nullam hic desiderari fictionem, non animadvertens hoc omne jus sui meris LL. commentis, magis quam naturali rationi, inniti.

16) Non tamen vere, sed quodammodo *d. L.* 11. seu ficte, habent intellectuale, & interpretativum dominium: Institutio autem tribuit verum, & effectuale Alex. Picen. *in Rub. I. de exher. pag.* 52. Not. 9. *Obs.* 10. Filium suum viventi patri socium, & participem esse Ter. *in Heaut. donec salvus redierit meus particeps.* Ausonius: *Justa quidem series patri succedere, verum Esse simul dominos gratior ordo piis.* adde *not. sup. N.* 15.

pria filii non fuisse. Sed ita, ut dixi, jus est: cum vita filii, & bona paterna etiam vivo patre, sint propria filiifamilias; permissum tamen est patri pro potestate, quemadmodum vitam filio, sic multo magis bona sua adimere, si res exigat. Ratum sit igitur, filiosfamilias etiam vivo patre [17] dominos existimari bonorum paternorum. Quo posito, efficitur, si, mortuo patre, filii patri succedant, heredesve siot, non tam patris, quam suos heredes esse, id est suos ipsorum heredes, seu sibi ipsis heredes, qui & sibi quodammodo, certe in sua bona succedant. Et quod dicuntur patri esse heredes, magis ad administrationem liberam bonorum referri debere, quam ad bona: quoniam vere in administrationem succedunt, quam prius non habuerunt.

XVIII. Hæc verbi significatio, & origo, est, cujus ratio exposita simul dubitationem superiorem de necessitate subeundæ hereditatis in suis heredibus expedit [18]. Nam iniquum est, si quis, bona non quæsita, sed sibi oblata suscipere cogitur. Iniquius, si cogitur implicari oneribus non ante susceptis. Adversus liberos in bonis parentum statui, etiam absurdum. Quæ omnia de alienis bonis, & oneribus aliunde delatis recte dicuntur, & ad hæc pertinent ea, quæ supra objiciebamus. Sed si quis vivo patre habuit bona, & in his obstrictus fuit oneribus bonorum: non mirum, si, & mortuo patre, eadem hæc ignorans, & invitus retinet, neque in eo quidquam aut inique, aut absurde constituitur. Quinimmo naturæ necessitas facit, ut, si quis qoid prius habuit, perpetuo etiam retineat, nisi amiserit. Nec vero amoveri possuot invitis creditoribus, si quis in his bonis cœperit aliquibus creditoribus obligari; quoniam nec facto suo quisquam liberari: nec creditorum petitionem tollere, aut mutare potest. *L. si servum*, 91. §. *nunc videamus*, *D. de verbor. oblig. L. debitorum*, *C. de pact.* Hujusmodi sunt autem bona paterna in suis heredibus. Horum illi domini fuerunt etiam vivo patre. Non mirum, si, mortuo patre, eodem jure & inviti retinent, quæ invitis creditoribus, quibus jam ante obstringi cœperaot, removere a se non possunt. Quapropter filii sui heredes, jure meritoque necessarii sunt heredes; & ideo necessarii, quia sui: id est quia sibi ipsis succedentes in ea bona, quæ jam ante, quamvis libera administratione detraeta, habuerunt.

XIX. Etsi autem secutum est [19] beneficium abstinendi, de quo mox: non eo minus tamen etiam post id beneficium mansit hæc necessitas hereditatis subeundæ in suis heredibus; neque id sine certo, & manifesto hujus juris effectu; ne quis forte rem in subtilitate verborum, non in re positam arbitretur. Nam in his quoque qui se abstinuerunt ex beneficio prætoris, manent etiam post abstentionem sua commoda hujus juris; quibus fit varie, ut prosit, necessarium heredem ab initio exstitisse. In eo autem, qui velit heres esse, non dubia commoda sunt, propter quæ intersit ita potius ab initio necessario heredem fieri, quam voluntate. Quamobrem ea necessitas quam vim habeat, etiam nunc cognoscendum est. Ac quæ ex ea commoda sint post abstentionem, dicetur postea in beneficio abstentionis explicando. Pertinet enim hæc quæstio ad effectum abstentionis. Nunc dicam, quid efficiat ab initio in his, qui hereditatem a se non removeant. Et quod suus heredes necessario heredes fieri dicimus, id valet, ut fiant sive velint, sive nolint: idest etiam inviti. *d.* §. *sui*, ver. *necessarii*, *Inst. de hered. qual & diff.* Pertinetque hoc ad omnes suos heredes, etiam qui postea se abstineant. Neque beneficium abstinendi a prætore datum id mutat, sed confirmat potius. Ideo enim suus heres se abstinet bonis, quia prius illi quæsita erant etiam invito. Verum ad eum, qui sua sponte hereditatem teneat, hæc necessitas non pertinet. Sed, hac necessitate constituta, intelligimus etiam in his, qui non repugnent, esse consequentia quædam, quæ statui magnopere intersit omnium, ad quos ea res pertinet, ad hereditatem statim, & sine ullo facto heredum acquirendam. Sunt autem ad eam acquisitionem ab initio statuendam hæc istius necessitatis effecta tria, comprehensa breviter in §. *sui autem*, 2. *Inst. de hered. qualit. & diff.*

XX. Primum si sui heredes exsistunt etiam

17) Ita fere & A. Fab. 14. *Conj.* 20. *sub finem.*

18) Alc. *ad L.* 17. *de acq. poss. n.* 17. vocat dominium κατὰ πρόληψιν, idest per anticipationem, ob spem dominii consequendi. Duar. *ad tit. D. de lib. & post. C.* 3. *f.* 345. Filium esse quasi dominum, propter spem probabilem consequendæ hereditatis, quæ effectu non caret contra tertium, qui habet titulum lucrativum. Unde illi est querela inofficiosæ donationis. Vacon. 3. *Decl.* 50. n. 5. filium esse verum dominum, & verbum *quodammodo in d. L.* 11. intelligi ratione administrationis. Quod a veritate theorica non abhorrere putat Vult. *in* §. 2. *I. h. t. n.* 3. Sed Turam. *Ep. acad.* 9. nihil esse a Pauli sententia, aut a vero alienius demonstrat, quem vide.

19) Cui occasionem dedisse L. Papirii fœneratoris immane facinus, & in C. Publium ob æs alienum patris ei nexu deditum incestam libidinem, ac turpem de flagitio appellationem, de quo Liv. *Lib.* 8. probabiliter autumat. Forst. a. *de Succ.* 18. n. 51. *& seq.*

atiam inviti, exsistent & ignorantes. Sic enim est ratio voluntatis cujusque, nt magis adversetur, qui aperte repugnat quam qui aperte non consentit; nequa tamen aperte contradicit, quod accidit ignnrantibus. Qoapropter si quid invitis aliquibus acquiritur, multo magis acquiretur ignorantibus, & absentibus. Similiter nt, quæ fieri possunt aliquibus invitis: multn magis iisdem ignorautibus fieri posse dicuntur regula juris. *L. qui potest invitis, D. de reg. jur.* Hoc de ignorantibus suis heredibus monari eo pertinet, ut quod in heredibus extraneis ad acquirendam hereditatem traditur, scire eos debere testatnrem mortuum esse, & se ei esse heredes. *§. item extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* Intelligamus, ad suos berades non pertinere; sed eos quamvis ignorant, parentem suum decessisse; aut se ei heredes esse: sive in facto, sive in jure errent, nihilominus heredes exsistere. Traditum in *L. eum quidam, §. suum, D. de acquir hered.* Hæc res faciet, nt, si quis ex liberis suus heres patri defuncto factus, priusquam id sciret, decesserit; nibilominns patris beraditatem transmittat ad quosvis heredes etiam extraneos: ntpote jam ante quæsitam, licet ignoranti. *L. 3. C. de jur. delib.*

XXI. Jam si exsistunt sui heredes juris sui ignorantes, exsistent eodem modo, etsi sint furiosi, aut infantes: *d. §. sui, de her. quæ ab int. def.* nam & hos vere ignorare dixeris, abseotibus per omnia similes. *L. 2. §. penult. D. de jur. cod. L. coram, D. de. verbor. signific.* Unde placet, qnibus ax caussis ignorantibus nobis acquiritur, ex bis caussis acquiri & furioso. *d. §. sui. L. si a furioso, D. de obligat. & act.*

XXII. Postremo quod placet suis heredibus invitis, & ignorantibus, & absentibus acquiri hereditatem, aperta hoc significat, sine nlla voluntate, aut facto vel ipsorum, vel alterius cujusquam acquiri. Ex quo rursum fit, quod traditur in *d. §. sui.* nec tutoris auctoritate opus esse pupillis suis heredihus ad acquirendam hereditatem; nec furiosis curatoris assensu. Non enim est opus tutoris, aut curatoris anctoritate in iis, quæ non agnntur a pupillo; *L. 3. D. de auct. tut.* nec eorum assensu in iis, quæ non modo consensum non raquirunt, sed atiam adversus voluntatem imponuntur.

XXIII. Et habet hanc vim ab initio aa necessitas haraditatis subeundæ, quam in suis beredibus ponimus. Sed progreditur jure civili longius; nempe ut beredes maneant, qui semel quamvis necessarii axstiterunt, & cogantur craditoribus baraditariis respondare; quæ vis ast hareditatis semal quæsitæ. Hæc anim obligat haredem æri alieno, quamvis non sit solvendo, ut postea dicetur. *L. more, D. de acq. her.*

XXIV. Hic vero emendatum est jus civile a prætoribus. Fatandum est enim, acerbum esse non tribuara filiis suis heredibus in hereditate patris; quod extranais tribuitur. Et vero omnis hæc necessitas onerum subeundorum ex fictione juris civilis magis nascitur, quam ax vero. Ducitur enim ex hac ratione, quod filius etiam vivo patre dominus existimatur. *§. sui, Inst. de her. qual & diff.* Magis hoc ita est propter spem certam bereditatis futuræ; quam quod re vera tum sit dominus. Spes quidem certa ax eo, quod ut est in *L. ult. in pr. D. de bo. dam.* naturalis ratio quasi lex quædam tacita liberis parentum beraditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando. Re autem vera, & præsenti jura pater est dominus bonorum suorum. Quod si pater; non possunt filii eodem tempore vere domini baberi etiam, sacundum regulas juris civilis: quoniam duo in solidum ejusdem rai domini esse non possunt: *L. si ut certo, §. ult. D. com.* Ita fit, quod dixi, ut durum sit, & acerbum etiam ob superiorem istam rationem filius invitos implicare oneribus patarnis non sponta susceptis. Ideo hanc acerbitatem juris civilis mitigarunt prætores, & fecerunt potestatem suis heredibus abstinandi se hereditate pareotis; ut cum sa abstinuerint, id consaquantor, quod futurum essat, si heredes non axstitissent. *L. necessariis, D. do acquir. hered. §. sui, in fin. Inst. de her. qual. & diff.*

XXV. In eo beneficio prætoris quoniam maxima ex parte versatur ratio hereditatis suis beredibus acquirendæ, diligentar videndum est, quid eo continaatur. Tria autum hæc spactanda. Primum quid prætor bic tribuat liberis. Secundo loco quibus, quave conditione. Postremo quis bujus abstentionis effactus.

XXVI. Primum ergo tribuit prætor suis heredibus potestatem non repudiandi, sed abstinendi se hereditate. *d. L. necessariis.* Abstinare sa boois, proprie est non attingere bona: id quod varbi significatio usitata indicat. Sed hic abstinandi verbum plus complectitur. Est enim hoc non tam facti, quam animi. Ut abstinere se dicantur sui heredes tunc, cum bona paterna ita non attingunt, ut declarent, se here-

hereditatem retinere nolle. Sic hoc verbum describitur in *L. si servum quis*, 71. §. *prætor*, *D. de acq. her.* Quod si quis id non declarat, non ideo abstinere intelligitur; quantumvis bona nunquam attigerit. Argumento est, quod si filius suus heres dum ignorat, se heredem esse, decesserit, nihilominus hereditatem transmittit ad heredes suos: ubi tamen certum est ignorantem nihil bonorum paternorum attigisse ut heredem. *L. 3. C. de jur. del.* Quod si ita est, abstinere in suis idem valet, quod repudiare hereditatem in extraneis. Nam & sic repudiatur, recusaturve hereditas, cum quis declarat se nolle heredem esse. §. *pen. Inst. de her. qual. & diff. L. recusari*, *D. de acquir. her.* Nunquam tamen sui heredes dicuntur repudiare. Immo ne repudiare quidem posse existimantur. *L. is qui putat*, *D. de acq. her.* Cur ergo idem factum in suis, & extraneis heredibus eodem verbo non appellamus; cum verba rebus debeant esse consequentia? §. *sed. nos*, *Inst. de donat.* & ut est in *L. si idem*, *C. de codicill.* cur diversum his factis vocabulum inditum est, quæ vis, ac potestas una sociavit? Minime vero horum heredum facta in removenda a se hereditate sunt eadem. Finis quidem amborum idem, ut ne creditoribus hereditariis teneantur. At ipsum illud, quod faciunt, ut ne teneantur, diversum, bonis, & jure utriusque distinguitur. Sui heredes jam ante heredes ipso jure facti, bona sibi quæsita a se removent. Extranei nondum quæsita a se depellunt, ne admittere cogantur. Illic abstinendi, non repudiandi verbum: hic contra repudiandi, non abstinendi convenit. Repudiamus enim solum oblata, nondum quæsita. *L. 1. §. decretalis*, *D. de succ. ed.* Abstinemus rebus partis, & nostris, dum eas pro jure nostro non attingimus. Hic autem prætor suis heredibus abstinendi potestatem facit, ut nihil adjiciat, quo loco his abstinere liceat, quo idem consequantur. Ex quo intellectum est, etsi facultas hæc datur a prætore; non tamen necesse esse adire prætorem, ut apud eum abstineat suus heres: sed ubicumque id fecerit, etiam extra judicium, idem, valere. *L. ei qui*, 12. *D. de acq. her.*

XXVII. Quod secundo loco spectandum est in personis, fit hæc potestas suis heredibus, quos quidem voluntas testatoris non fecerit voluntarios. Quod propter eos liberos dicimus, qui conditione personæ sui heredes cum essent, instituti sunt a patre sub ea conditione, quæ erat in ipsorum potestate. Quo facto jam supra monuimus, voluntate testatoris hoc illos consequi, ut non jam ut necessarii, sed sua sponte heredes exsistant. *L. jam dubitari*, §. *ult. D. de her. inst.* En fit, ut si hereditatem admittant, cum id sua voluntate faciant, non ulla necessitate juris coacti, etiam beneficio abstinendi careant, ut adjicitur in *d. L. jam dubitari*, §. *ult.* Et merito non permittitur his se abstinere. Sive enim eorum factum spectamus, est, cur sibi imputent, si hereditatem damnosam adierint, cum eam appetierunt. Quam licebat eis non admittere. Sive spectamus edictum prætoris de abstinendi potestate, hoc ad istos non pertinet, utpote propositum a prætore, ut liberos liberaret oneribus hereditariis non sponte susceptis, ut loquitur Papinianus in *L. si filius*, *D. de vulg. & pup. subst.* fit ergo potestas abstinendi se suis heredibus, qui & sui manserunt, ut essent iidem & necessarii. Et fit omnibus, non solum impuberibus, sed etiam puberibus, atque his etiam majoribus. *d. L. necessariis*, *de acquir. hered.* Sed certis conditionibus.

XXVIII. Hæ conditiones duæ sunt. Una, qua prætor hanc potestatem certis personis concedit; eo propterea sub contraria conditione iisdem denegat. Altera, qua hanc ipsam potestatem denegat omnibus.

XXIX. Prior conditio est, si sui heredes se non immiscuerint bonis. Hac conditione detracta, potestatem abstinendi fecit impuberibus, ut liceat intelligere permitti his se abstinere omnimodo: id est sive se immiscuerint, sive non immiscuerint. Hac eadem conditione adjecta superiorem facultatem tribuunt puberibus: unde & sub contraria conditione iisdem eam ipsam potestatem adimi intelligimus, idque ita jus est. *L. impuberibus*, 11. *L. necessariis*, *D. de acquir. her.* Sic tamen, ut ex puberibus si qui sint minores viginti quinque annis, qui se miscuerint, quamvis ex hac parte edicti abstinendi potestatem non habeant, ex alia tamen parte hanc consequantur; habent enim beneficio ætatis in integrum restitutionem ex generali edicto de minoribus. *d. L. necessariis*, *de acquir. hered. L. ait*, §. *non solum D. de mi. L. 1. C. si. mi. her. se abst.* Utrum tamen dicamus, etiam in re, & commodo utriusque viæ nonnihil interest, quod impuberes se immiscentes, ipso jure abstinendi facultatem habent: *d. L. impuberibus*, *de acquir. her.* Eoque nec desiderant in eo in integrum restitutio-

tutionem. *L. in caussæ*, 2. *D. de mi.* Puberes minores se si miscent, jure communi, & ordinerio ebstinendi fecultatem amittunt, quam, nisi restitutione in integrum impetrata, non recuperant. Hæc eutem non nisi petite, idque intre tempora restitutioni præstituta impetratur. *L. ultim. C. de in int. rest. mi.*

XXX. Posterior conditio, que dixi potestatem ebstinendi denegeri pariter omnibus suis heredibus, est hæc: Si per eum eemve, quæ heres exstiterit, factum erit, quo quid ex ee bereditete emoveretur. De quo in *L. si servum quis*, 71. §. *prætor. de acquir. her.* Ita scriptum est: ut si quis suus, se dicat retinere hereditatem nolle, aliquid autem emoverit, aut emovendum cureverit, edictum locum habeat; ut qui eorum quid fecit, ebstinendi beneficium non bebeat. Neque quidquam bie distinguitur, pubes sit, en impubes, per quem quid istius factum erit. Ex quo intelligi debet, etiam impuberes, per quos id factum erit, his verbis contineri, & abstinendi potestatem non hebere. arg. in *L. metum*, 9. *L.* 1. *D. quod met. caus. L. item veniunt.* §. *petitam.* ver. *a quo. D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de Public. in rem act.* Neque hic quidquam patrocinabitur impuberi ætas. Superiore enim conditione designetur is, qui dolo melo quid emovendum curavit, ut decleratur in *d. L. si servum*, 81. §. *amovere*, *D. de acq. her.* Est antem æquissime, & certi juris sententie, in delictis ætatis suffragio minores non juvari; in delictis ætate neminem excusari. *L.* 1. *L.* 2. *C. si advers. del.* Neque hinc eximuntur impuberes, qui doli capeces sunt, quos constat, si quis tales sint, ex omnibus delictis teneri. *L. impuberem*, 23. *D. de furt.* Cætere ad superioris conditionis interpretationem pertinentie si quis requiret, petet ex *d. L.* 81. §. *prætor.* Ubi usque ed finem legis eb Ulpiano dilucide explicantur.

XXXI. De *immiscendi* verbo, quod est in priore conditione sic hebendum est [20], *immiscere* se in suis heredibus id esse, quod in extraneis *gerere pro herede*. Hinc definitio Pepiniani in *L. eum bonis*; 87. *D. de acq. her.* ut miscere se bonis patris suus heres intelligetur, qui id facit, quod, si remoto familiæ vinculo faceret, pro berede gerere videretur. Remoto familiæ vinculo, id est remoto potestatis vinculo; seu si in familia, & potestate defuncti parentis non esset; & breviter si esset extraneus. Is enim in familia est patris, qui est in ejus potestate. *L. ultim. D. de cap. mi. L. pronuntiatio*, §. 1. *D. de verbor. signific.* Potestas eutem vinculum est, quo filius in familie tenetur. Quid sit pro herede gerere, cum sit factum proprium extraneorum beredum, in eo genere quæri oportet. Quæcunque autem de eo ibi dicentur, debebunt huc omnia referri. Exempli caussa, si filius rebus hereditariis usus est pro suis, si quid hereditarium possedit; se immiscuit, & beneficium ebstinendi non habebit: si modo id fecerit sciens se heredem esse, & hereditaria esse, quæ ettingebat. *L.* 1. *L.* 2. *C. de repud. vel abst. hered. L. eum bonis*, *D. de acq. her.* Sed rursum hic quæritur de verbo. Cur enim cum idem faciet suus heres, eum se immiscet, quod extraneus, cum pro berede gerit, nominibus tamen hæc distinguuntur? Nempe quod idem fectum est, quatenus ettinguntur res hereditariæ: at non idem jure heredum, qui ed has eccedunt. Quod & in verbo ebstinendi, & repudiendi supra respondimus. Nem suus heres cum bona ettingit, attingit sua. Suis, & præsentibus se immiscere recte, & proprie quis dicitur. Non item in his pro herede se gerere: non quod non possint dici sui heredes pro herede gerere, cum bonis quasi heredes se immiscent, quorum utrumque in eadem significatione his tribui legimus in *L. pro herede*, §. *si quid tamen*, §. *Papinianus*, *L. filius qui se*, *D. de acq. her. L.* 1. *C. si. mi. ab hereditate se absti.* sed quia pro herede gerere est verbum commune pertinens etiam, & quidem maxime, ed heredes extraneos: illud antem immiscere suorum heredum proprium, ut merito his quoque proprie tribuatur. Quo factum est, ut verbum commune quod erat, pro berede gerere distinctionis caussa treduceretur ed elteram speciem, & in ea proprie usurparetur.

XXXII. Effectus abstentionis sequitur; qui in primis enimadvertendus est. Non enim ebstentio in suis heredibus id efficit per omnia, ut non hebeantur pro heredibus: sed bæc distinctio est, ut cum se ebstinueriut, quibusdam in rebus pro heres

20) Quæritur, an si agatur contra filium, agens immistionem, & agnitionem hereditatis, an vero filius abstentionem probare debeat tanquam contra eum sit presumptio. Prius Tiraq. *Tr. Le mort saisit le vif. P.* 7. *Decl.* 2. n. 8. Posterius videtur Modestino *Pist. P.* 1. *Q.* 34. Et non præsumi immistionem, ubi convenitur filius: præsumi ubi agit ipse, & de suo commodo tractat, tradit Meno. 4. *Præsum.* 99. vide Cui. *Cons.* 11. A. Fab. 31. *Err. Prag.* 10.

heredibus amplius [21] non sint; in quibusdam maneant heredes, ut ante, qui semel exstiterunt.

XXXIII. Hactenus abstentione pro heredibus non habentur, dum id agitur, ne retineant hereditatem. In quo sunt abstentionis effectus tres, si superioris illius effectus summi partes spectentur.

XXXIV. Primus hic, ut suis heredibus postquam se abstinuerunt, nihil noceat suos, & necessarios ab initio exstitisse, &, ut loquitur Papinianus, ut filius cum se abstinet, idem consequatur jure prætorio, quod emancipatus consequitur, qui repudiavit. *L. pro herede*, §. *Papinianus*, *illic*, *nam cum se filius*, *D. de acq. her.* Id autem tria continet.

XXXV. Unum, ne qui se abstinuerunt teneantur creditoribus hereditariis. *L. necessariis*, *D. de acq. her.* Et ut alibi Papiniani verba sunt, ut liberentur sui heredes oneribus hereditariis non sponte susceptis. *L. si filius*, *D. de vulg.* Contra quam alioqui futurum erat, si heredes mansissent. *L. more*, *D. eod.*

XXXVI. Alterum, ut si bona, quia solvendo non sunt, possideantur, & distrahantur a creditoribus, contumelia hæc distractionis ad suos heredes non pertineat; sed parentis potius, quam ipsorum bona veneant. §. *sui*, *in fin. Inst. de her. & qual. & diff.*

XXXVII. Tertium, ut suis heredibus abstinentibus restitui debeant confusæ actiones. *L. cum bonis*, 87. §. *ultim. de acq. her.* Finge, filiumfamilias habuisse peculium castrense, aut quasi castrense. Contraxisse quid in eo peculio cum patre, dum viveret. Hinc actio filio nata. *L. lis nulla*, *D. de jud.* Si, mortuo patre, suus exsistat heres, hujusmodi actiones confusione amittuntur; dum creditor, debitori suo succedit. *L. Stichum*, §. *aditio*, *D. de sol. L. debitori*, *C. de pact.* Hoc dicimus, si filius hic postea se abstineat, confusas actiones ei restitui oportere: ut vel retineat ipse debitum suum, si conveniatur a creditoribus paternis: vel agere volens concurrat cum aliis creditoribus suo ordine, ut fit in eo herede, qui sub beneficio inventarii hereditatem adivit. *L. ultim.* §. *in computatione*, *C. de jur. del.*

XXXVIII. Secundus effectus abstentionis priori consequens est hic, ut quemadmodum hereditas abstinenti nihil nocet: sic nec prosit, ut ex ea suus heres quidquam commodi consequatur. Constat enim hereditas omnis commodis, & incommodis, de quibus suo ordine postea. *L.* 1. 2. 3. *D. de bon. pos.* Quo fit, ut qui hereditatem non habet, quemadmodum non tenetur oneribus hereditariis, sic & commodis careat, quæ sine hereditate obtineri non possunt. Et ita naturalis & civilis ratio facit, ut qui alicujus rei incommoda suscipere detrectat, nec commoda possit obtinere; & contra, ut commoda cujusque rei eum sequantur, quam sequuntur incommoda. *L. unica*, §. *pro secundo*, *in fi. C. de cad. tol. L. secundum*, *D. de reg. jur.*

XXXIX. Tertius effectus hic est, ut quoniam suus heres abstinendo hereditatem a se removit, ideo sequentibus gradibus, ut substitutis, aut legitimis heredibus inferioribus, locum faciat: idest nihil his obstet, quominus hereditatem adire, & consequi possint non secus, quam si nemo prius heres extitisset. *L. ait*: §. *sed quod Papinianus*, *D. de mino.*

XL. Sed hæc hactenus, inquam, dum id agetur, ne suus heres retineat hereditatem: uti eam ex jure prius habuit. Quod si id non agetur; tum in omnibus rebus, quæ, ut valeant, heredem prius desiderent, suus heres hunc effectum præstabit, ut ad eam rem habeatur pro herede; atque adeo vere existimetur [22] heres manere cum jure civili, tum prætorio, quamvis semel se abstinuerit. In quo censentur illa commoda necessitatis ejus, quæ sui heredes etiam ipso jure necessarii heredes exsistunt, quæ commode etiam post beneficium prætoris, idest post abstentionem suorum manere supra diximus, ad quæstionem de vi, & potestate abstentionis hactenus pertinentis, ut sciamus, hec abstentione in his non mutari, sed manere jus antiquum de suis, & necessariis heredibus: ut vel propter hæc ipsa etiam hodie magnopere intersit nosse, utrum filii patri sui heredes sint, an voluntarii. Hæc commode tria sunt, testamenti confirmatio, quæ abstinenti non noceat; rerum ab eo bona fide ante abstentionem gestarum retihabitio: & hereditatis omisse de integro adeundæ potestas.

XLI.

21) Cui. 92 Obs. 27. Jure Civ. heres manet qui se abstinet. Prætori non est heres. Hinc si in jure interrogatus dicat. se heredem, ex eo mendacio tenetur perinde ac si pro herede gessisset *L.* 12. *de interr. in l. fac.* Mortuus enim est prætori, qui non est heres.

22) Semel heres vere nunquam desinit ut dd. *LL.* Ratio. Per successionem heres semel induit personam defuncti. Fieri igitur nequit, ut quam semel induit, deinde exuat, non magis quam ut suam propriam. Nemo enim personam ad tempus habere potest, sive a natura habeat, sive a lege *L.* 34. *in fi. de adopt.* affabre A. Fab. 27. *de Err. Pragm.* omnia tamen audacter contendens, ne legis quidem potestate id effici posse. Quod alibi forte expendam.

XLI. Primum commodum hujus generis positum est in confirmatione testamenti, & rebus ad testamentum pertinentibus. Si quando ergo ad confirmandum testamentum & res testamento relictas herede opus est, ibi placet, quod quidem sine damno, & onere heredis contingat, sufficere ex eo testamento semel suum heredem exstitisse, quamvis postea se abstineat: ut exsistentia sui heredis confirmarit ab initio testamentum; abstentio sequens confirmationem non mutarit. Exemplo sunt libertates testamento datæ: & pupillaris substitutio testamento scripta. Sic jus est, ea quæ testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, seu si ex testamento nullus sit heres non valere *L. eam quam*, *C. de fid. L. si nemo*, 9. *D. de test. tut.* Id jus & ad libertates pertinet, ut nec libertates inde debeantur. *L.* 1. *C. de fid. lib.* Placet tamen si eo testamento scriptus sit suus heres, libertates salvas esse, quamvis heres se abstineat: quia non sit sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se, ut totidem pæne verbis scriptum est in *L. cum quasi*, §. *sed etsi quis*, *in fin. D. de fid. lib.* Et vero hæc libertatum conservatio abstinenti non est damnosa, cum hic de suo nihil præstet. Eadem caussa pupillaris substitutionis. Nam & hanc nisi adita sit patris hereditas, evanescere traditur *L.* 2. §. 1. *D. de vulg.* finge, aliquem ex testamento patris exsistere suum heredem, deinde se abstinere. Valet substitutio nihilominus suo herede exsistente confirmata: quia & hanc retineri impuberi abstinenti utile est, ut habeat heredem, nedum id factum ei noceat. *L. Julianus*, *D. de acquir. her.* Instituerit, exempli gratia, pater filium impuberem, quem habebat in potestate, heredem; eique substituerit Titium; si, mortuo patre, pupillus, qui statim patri suus heres exstiterat, paterna hereditate se abstinuerit, ac deinde impubes moriatur: nulla dubitatio est, quin Titius ex substitutione admittatur. *L. Julianus*, *L. quæsitum*, *D. de acquir. her.* Et hoc est, quod vulgo bene dicitur exsistentiam sui heredis confirmare tabulas pupillares: quæ Bartoli summa est *ad L. filius*, & *d. L. Julianus*, *seq. de acquir. her.* Et generaliter ita definiemus, eum, qui semel heres exstitit, sive quod adivit hereditatem, sive quod necessarius heres exstitit, heredem semper manere, idque utiliter, ubi de hereditate ab eo retinenda non agatur. Definitio tradita in *L. ait*, §. *sed quod Papinianus*, *in fi. D. de mi. L. ei qui solvendo*, 88. *D. de her. inst.*

XLII. Secundum commodum exsistentiæ sui heredis, quod & ipsum abstentione non mutatur, spectatur in administratione præcedente rerum hereditariarum. Quæ suus heres bona fide gessit in rebus hereditariis, si est is, qui postquam se immiscuit bonis, possit abstinere, ut pupillus ipso jure, pubes minor per in integrum restitutionem, & is postea se abstineat; omnia rata habentur non secus, quam si etiam nunc heres mansisset. *L. quoties*, 44. *D. de acq. her.* Finge, debitores hereditarios solvisse pupillo tutore auctore. Aut pupillum tutore auctore vendidisse res hereditarias, & tradidisse emptoribus. Deinde suum heredem abstinuisse. Et illic liberatio debitoribus semel parta non amittitur abstentione, & hic dominium ita translatum est in emptores, ut avocari non possit. Hæc, inquam, dum bona fide gesta sint. Si mala, nihil ratum est. *d. L. quoties.* Fit autem mala fide, si quid donandi, aut minuendi nulla recogente patrimonii caussa fit. Ut si pupillus tutore auctore liberet debitores donationis caussa pacto, vel acceptilatione: aut res vendat per obreptionem prætoris, quæ vendi non poterant: aut quæ poterant vendi, vendat minoris, quam vendi potuerunt.

XLIII. Tertium commodum adfert exsistentia sui heredis, quod & ipsum post abstentionem manet, & heredi ipsi abstinenti, non aliis tribuitur, ut si suus heres postquam abstinuit se hereditate paterna, velit ex pœnitentia eamdem hereditatem repetere, possit; non quam videatur semper retinuisse, sed quam aditione iterum suam faciat. *L. ult. C. de rep. her. L. si quis suus*, *D. de jur. del.* Quod sane non alia ex re fit, quam quod prius non plane desierit heres esse abstentione, seu non plane abstentione hereditatem amiserit. Quam si amisisset, ad eam redire aditione non posset: *L.* 4. *C. de rep. her.* Plus dicimus, si suus heres, postquam se abstinuit, attingat res hereditarias, hoc ipso obstringitur hereditati, nisi doceat, se non eo animo fuisse, ut pro herede gereret. *L.* 1. *L.* 2. *C. de rep. her. L. cum bonis*, 87. *D. de acq. her.* Cujus [13] animi indicium est, si res emit a creditoribus hereditariis. Neque enim jure hereditario possidere quid potest, & titulo emptio-

13) Ita & Pac. 5. Q. 97.

emptionis, ut est in *d. L.* 2. *C. de rep. her.* Et hoc si bona fide emit. Ut ibidem adjicitur. Cæterum si quis cum bonis paternis se abstinuisset, per suppositam personam emptoris bona patris mercatus probetur: placet, eum perinde conveniri debere a creditoribus, atque si bonis paternis se immiscuisset. *L. si is qui bonis*, 91. *D. de acq. her.*

XLIV. Sed hæc potestas adeundi hereditatem, a qua suus heres se abstinuit, non est perpetua. Finitur duobus modis.

XLV. Uno, si jam bona venierint vel a sequente herede, vel a creditoribus. *L. quod si minor.* §. *Scævola*, *D. de min. L. si quis suus*, *D. de jur. del. L. ult. C. de repu. her.* Et olim usque adeo id placebat, ut nec minori suo heredi in integrum restitutio daretur ex hac caussa. *d. L. quod si minor.* §. *Scævola*, *de mi.* Justinianus in hac ipsa specie restitutionem dedit in *d. L. ultim. in fin. C. de rep. her.* In quo apparet, eum jus illud superius [24] emendasse, ne forte quis hæc pro contrariis in his libris habeat. Est enim lex illa Justiniani una ex quinquaginta ejus decisionibus.

XLVI. Altero modo finitur hæc facultas tempore; nempe triennio, ut eadem illa lege Justiniani cautum est. Sed triennio cujus initium ex eadem lege varie cedat. Nam in his, qui post tempus in integrum restitutionis se abstinuerunt, id est post vicesimum nonum annum, hoc triennium statim cedit, ex quo se abstinuerunt. In his autem sive minoribus, sive majoribus, qui se intra id tempus abstinuerunt, placet, hoc triennium non cedere; nisi exacto anno vicesimo nono.

XLVII. Ex is spectetur breviter ratio hereditatis [25] suis heredibus acquirendæ, & quam etiam nunc utile sit intelligi, eos [26] ipso jure exsistere heredes necessarios. Nam si se heredes esse volunt, id consequuntur ista necessitate, ut sint statim & ignorantes nec ad eam acquisitionem ullo suo facto aut alieno indigeant; quod de vi hujus necessitatis initio diximus. Sin se abstinent; id valet abstentio, ne hereditas eo statu rerum illis noceat aut prosit, neve in ea obsint sequentibus. Cæteris in rebus heredes manent, ut prius. Prodestque ad eas res, quas modo dixi. Quorum omnium nihil dici potest in extraneis, & voluntariis heredibus.

CAP.

24) non puto. Sed *d. L.* 24. §. 2. loquitur de extraneo herede, per verbum, *repudiaverit.* At *d. L. ult. C. de rep. her.* de suo herede Pac. 3. *Q.* 3. & ita quoque tandem A. Fab. *ad d. L.* 24. § 2. Male autem, Duar. *ad h. t. D. Cap.* 20. *in d.* §. 2. referri tantum opinionem, & esse narrationem, non decisionem.

25) 20. Suitatis effectus recenset Zas. *ad L.* 12. *de vulg. n.* 16. vid. & Alex. Picenard. *ad Rub. I. de Exher. pag.* 56. *& seqq.* latissime de suitate Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. creat.* §. 19.

26) Heredes sunt sine ullo facto, absque cretione, aditione, gestione, etiam ante apertas tabulas *L. pen.* §. *pen. de bon. lib. L.* 3. §. *ult. de her. inst. L.* 8. *C. de I. delib.* Et nullum inter mortem, & existentiam sui intervallum Gomez. 1. *Var. resol.* 9. *n.* 17. seu idem utriusque momentum *L.* 68 *de leg.* 1. *L.* 1. § 3. *Si quis omiss. caus. test.* Rot. 9. *Observ.* 10. Cujac. 4. *ad Afric. ad. L.* 16. *de lib. & postum.* In suis ideas dies delationis, essentiæ, existentiæ seu ἀναφάνσεως, In extraneis plerunque alius dies delationis, alius acquisitionis. A. Fab. 13. *de Err. Pragm.* 1. idem esse instans in suis heredibus, delationis, & acquisitionis, licet hoc ipsum eidem displiceat. 1. *Jurispr.* 1. *Princ.* 5. *Ill.* 3. eo quod suis hereditas delata dici non possit per *L.* 151. *de V. S.* Sed vid. *sup. Lib. VI. Cap.* 3. De differentia sui heredis, & extranei vid. ideas Faber. 3. *de Err. Pragm.* 6.

Digitized by Google

CAP. III.

De voluntariis seu extraneis heredibus: Atque in his primum, quod de suscipienda, aut non suscipienda hereditate deliberantibus conveniat. De jure deliberandi, & de beneficio inventarii; remediis duobus adversus periculum inconsultæ aditionis, aut repudiationis, itemque immistionis, vel abstentionis jure comparatis.

Voluntarii horedes sunt omnes, qui in morientis non fuerunt potestate ad ejus hereditatem vocati: Unde & extranei dicti. I.
Quare cum iis, tum suis heredibus necessaria deliberatio. II.
Hæc, quia non libera, duo remedia utrisque jure prodita. III.
Vetus remedium jus deliborandi. Huic rei certum tempus legibus præstitutum. Minimum, centum dios: summum, si a Principe, annus, si a Magistratu, novem menses. Hos judici oxcedere non licere. Principi non item; sed si verbis annum excesserit, quod amplius anno est, pro nihilo haberi. Media tempora ita relicta in potestate jusdicentis, ut non libidini ejus, sed prudentiæ, & æquitati æstimandum permittatur. IV.
Spatium deliberandi heredi extraneo datum, nullum jus in bonis defuncti ei tribuere. V.
Quod jure suo ei non licet, id, rebus exigentibus, a Prætore permitti, & quatenus. Quid in hac re inter suum, extraneumque heredem intersit. VI. VIII. IX.
Deliberanti filio alimenta ex hereditate deberi, & quatonus. VII.
Quis olim impetratæ deliberationis exitus, quidve novi constituerit Justinianus, quove loco de. hac re auctor disserut. X.
Novum remodium, inventarium. Quare id vetere tutius, quidve eo heredi concedatur. XI.
Hujus partes duæ. XII.
Ejus definitio. XIII.
In ritu conficiendi quatuor spectanda. XIV.
Quod nam tompus ad illud conficiendum datum. XV.
A quibus confici debeat. XVI.
Quibus præsentibus, quove modo. XVII. XVIII.
Quid debeat continere. In eo necessaria subscriptio heredis; vel, si literas non novit, aut casu scribore prohibeatur, tertii, specialis tabularii. Quid his scribendum. XVIII.
Quod heredi, qui inventarium rite confecit, tribuitur, id & ad commoda hereditaria, & ad incommoda pertinere. In commodis quid sit. Incommoda non nocere. XIX.
Quæ nam commoda conficientem inventarium sequantur. XX. XXII.
Quæ incommoda non conficientem. XXI.
Quid caverit Justinianus, ne, dum heredi consultum voluit, injuria fieret creditoribus hereditariis. XXIII.
Vetus remedium quamvis visum Justiniano supervacuum: relictum tamen, ut, qui vult, uti possit. XXIV.
Inventarii duo incommoda, & quæ nam, XXV.
Quomodo deliberationem admiserit Justinianus. XXVI.
Hæ duo remedia heredi libera; ut vel utro velit uti possit, vel, si malit, neutro. XXVII.

I. VOluntarii [a] heredes qui sint, ex divisione heredum proposita, & suorum definitione facile intelligitur. Nam si in liberis hominibus recte opponuntur sui, & voluntarii; perspicuum est in liberis hominibus voluntarios esse omnes, qui non sunt sui. Quod si etiam sui sunt solum hi, quos supra descripsimus; indicat statim hæc eadem definitio, qui non sint in hoc numero. Atque hos in liberis hominibus voluntarios heredes vocamus. Dicamus igitur licet, voluntarios heredes esse omnes, qui ex testamento quidem ad testatoris ipsius, vel ab intestato ad defuncti cujusvis hereditatem vocati, in potestate morientis non fuerunt, aut non primo gradu: vocati autem ex substitutione pupillari, non sunt ii, qui patri ipsi impube-

a) Ita vocantur in L. 3. §. pen. de her. inst. L. 18. L. ult. §. ult. de vulg. L. 13. de opt. leg. & simil. vid. de extraneis her. Form. s. Succes. 18. n. 55. & seqq.

puberis potuerint fieri necessarii heredes, quia non servi ejus, non liberi, aut non heredes sui. Atque hi omnes, quia alieni sunt a familia, & potestate defuncti, ideo uno verbo dicuntur extranei. §. *cæteri*, *Inst. de hered. qual. & diff.* Voluntarii ideo dicti, quia his voluntate hereditas acquiritur; ut si velint, liceat iis suscipere: §. *item extranus*, *Instit. de hered. qual.* si nolint, non cogantur. *L. nec emere*, *C. de jur. del.*

II. Hæc optio cum sit in eorum potestate, ipsi apud se utrum faciant, existimare debebunt. Et esset in eo non necessaria deliberatio, & mora longior, si hereditas nihil unquam in se haberet incommodi. Sic enim liceret statim adire; ex quo etiam acquireretur hereditas lucrosa ut plurimum: sin minus, at certe non damnosa. Sed habet omnis hereditas incommodum adjunctum æris alieni. Hæc a nobis suscepta obligat nos æri alieno defuncti, sive solvendo sit, sive non sit. *L. more*, *D. de acqnir. her.* Hoc periculum temere adeundum non est. Ideo delata nobis hereditate, jam a principio rebus integris cautio est, ne statim, & temere aut repudiemus delatam, aut agnoscamus: ne aut temere repudiando amittamus lucrosam, aut temere agnoscendo suscipiamus eam, quæ damnosa est, cum summa molestia respondendi & creditoribus, & legatariis. Et quod præcipitur hic voluntariis heredibus, idem & præceptum intelligamus suis, & necessariis, cum de immiscendo se bonis paternis, aut se abstinendo cogitant. Nam & harum rerum optio illis libera est edicto prætoris, & ex alterutro eadem illis incommoda consequuntur. Quæ res nos admonet, quæ hic remedia proposita sunt extraneis, eadem & suis in eadem deliberatione proposita intelligi debere, communemque hanc esse cum utroque genere heredum præceptionem.

III. Si libera esset hæc deliberatio, & mora omnibus heredibus, nullis hic remediis juris opus esset ad eam interponendam. Sed hanc auferunt creditores hereditarii. Exsistunt enim sæpe mortuo eo, de cujus bonis agitur, & urgent solutionem. Quibus agentibus, si defunctus, vel hereditas non defendatur, permittitur illis in bona ire, ac tandem, legitimo, tempore transacto, distrahere. *L. item ait*, §. *hæc autem*, *D. ex qui. caus. mai. L. cum proponas*, *C. de bon. auct. jud. pos.* Et hoc quidem illi jure publico statim impetrant, nisi adversus hanc postulationem eodem jure heredi consulatur. Quæ res hic fecit necessarium auxilium juris. Id vero hic præsto fuit: & adversus incommoda repudiationis, & aditionis præmaturæ, quæ urgentibus creditoribus imminebant, duo remedia heredibus voluntariis jure prodita: itemque suis heredibus de abstentione, aut immistione deliberantibus. Nam & hæc, ut dixi, sunt illis cum extraneis heredibus communia. *L. ultim.* §. *sin autem dubius*, *C. de iur. del. L. ait*, *in princ. D. eod.* Unum est vetus; alterum novum a Justiniano introductum.

IV. Vetus remedium est jus deliberandi, quod a magistratu impetratur, & concedi solet intra certum tempus. *L. 1. D. de iur. del. L. si quis instituatur*, 23. *in prin. D. de hered. inst.* Sed quid opus est hoc jus impetrare a magistratu, ubi per nos jure nostro possumus, si videtur, deliberare? Jam dixi, liberum futurum fuisse hoc remedium heredibus, si nulli creditores urgerent solutionem. Et res ita habet. Nullum enim tempus præstitutum est jure civili adeundæ hereditati: sed [a] semper licet ei adire, qui non repudiavit. *L. si curatoris*, *C. de jur. del.* Creditoribus autem urgentibus, & jure agentibus, hæc necessitas imponitur heredi, ut aut repudiet statim, quo permittantur bona creditoribus; aut statim adeat, ut sic exsistat, per quem res defendatur: aut certe nemine defendente, cogatur bonorum possessionem, & distractionem pati, ut ante dixi. Et hoc ita futurum erat, nisi prætoris beneficium intervenire. Id autem sic intervenit, ut prætor polliceatur, se deliberandi locum daturum. Non

quo

a) Ut nec longi temporis præscriptio obstet *L. 8. Cod. hoc tit.* Neque differentia est inter paternam, & maternam hereditatem. Nam quæ *in L. 1. §. ult. ad SC. Tertyll.* habentur verba, *vel longo silentio sopita*, eorum sensus est: Possessa ab agnatis matris longo tempore ante SC. non potest filius petere. Post SC. autem non submovetur ea præscriptione *d. L. 8.* Cujac. *ad L. 229. de V. S.* Triginta tamen annis juri adeundi præscribi receptior, & verior est sententia, Coras. 6. *Misc.* 21. *n.* 1. Duar. *ad tit. D. de acq. her. C.* 2. licet quidam ne spatio quidem longissimi temporis heredem excludi contendant (utterque Salyc. quorum rationes argutas expendit. Coras. *d. C.* 21.) quos tamen refellit *d. L. 8.* argum. a contrario. Et nam major ratio in jure adeundi, ut negligentia extinguatur, quam in actionibus competentibus, quæ in bonis nostris sunt. Hereditas autem delata nondum est *L. 63. ad L. Falc.* Duar. *d. C.* 2. qui tamen *f.* 436. suum heredem ne longissimo quidem tempore ab acquisitione excludi volt. Et longi temporis mentionem esse *in d. L. 8.* quia ex facto de eo quæsitum. Et si filios (non suos) institutos, putat Duar. lapsis primis 30. annis habere eum alios 30. annos, quibus ab intestato possit adire: & his etiam exactis, alios 30. quibus ex capite Unde legitimi arg. *L. 1. §. 11. de Success. ed.* Potest autem & testator certum aditionis tempus præfinire *L. 72. de acq. her.* vid. & Nic. Valla *de Reb. dub. Tract.* 6. *n.* 8. & Menoch. 2. *de Arb. jud. qq. Cap.* 1.

quo liceat heredi deliberare perpetuo, quandiu videtur: sed intra certum tempus, quod prætor pollicetur se daturum, si a se postuletur. *d. L.* 1. *D. de jur. del.* Hinc ergo deliberandi impetratio nata, eaque potestas conclusa intra certum tempus. Utrumque ejusmodi, ut totam hanc impetrationem sola creditorum persecutio, & instantia faciat necessariam. Inde dictum in *d. L. si quis instituatur*, 23. *in princ. & §.* 1. *D. de her. inst.* postulantibus creditoribus prætorem ex hoc edicto præfinire tempus, intra quod adeatur hereditas, & constituere, nisi intra id tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere, & distrahere jussurum. Congruit *L.* 1. *D. de cur. bo.* Permittitur, ut dixi, hoc jus deliberandi non liberum, sed intra certum tempus, quo scilicet ita consulatur heredi deliberaturo, ne longiore mora noceatur creditoribus suum persequentibus: arg. in *§. cum igitur, Inst. de bon. poss.* Hoc tempus se daturum prætor pollicetur, *d. L.* 1. *D. de jur. delib.* quod cum nullum certum præfinitum sit edicto, ut declaratur ead. *L.* 1. idcirco quantum id esse oporteret, quæsitum est. Id vero ita definitum est legibus. Si quæritur minimum, quo minus dare non licet; sunt centum dies. *L.* 2. *D. eod.* si summum, quod frustra excedatur; sunt novem menses, si quidem tempus impetratur a magistratu: annus autem, si impetratur a principe. Judici novem menses excedere non licet. Principi pro potestate licet: sed si verbis annum excesserit, sic accipi jubetur, ut quod amplius anno est, pro nullo habeatur. Et hoc ita cautum in *L. ultim. §. & hæc quidem, C. de jur. del.* Media tempora ut olim, relicta in potestate jus dicentis. *L.* 1. *in fin. D. eod.* Hactenus tamen medium tempus in ejus potestate; ut hoc non libidini ejus, sed prudentiæ, & æquitati æstimandum permittatur: scilicet ut moderatum statuat, ut est in *L. si curatoris, in fin. C. de jur. del.* Moderatum sic accipiemus, quantum sufficit ad cognoscendas facultates hereditarias: æstimandum scilicet pro amplitudine, aut tenuitate hereditatis, locorum, in quibus res sitæ sunt, distantia, & [3] rationibus hereditariis, ut hæ erunt implicite, aut expeditæ. Quod si semel datum tempus non sufficere dicetur, iterum petenti dabit prætor, quod sit satis: sed hoc non nisi ex magna caussa: hoc in *L.* 3. *& 4. D. eod.* Magnam caussam intelligemus, si evidens necessitas longius tempus desiderabit.

V. Hoc spatium deliberandi datum heredi extraneo, nullum ei jus in bonis defuncti tribuit. Non enim ita datur, ut heredi; sed ut deliberaturo, an hereditatem adeat, nec ne; ac si statuerit, sibi eam rem non expedire, liceat repudiare. Ut proinde heres intra id tempus non magis possit pro jure suo bona hereditaria attingere; aut tractare, quam si omnino id non impetrasset.

VI. Sed quod illi jure suo non licet, id rebus exigentibus, ei permittitur a prætore hac ipsa parte edicti, quod necesse sit vel ad cognoscendam hereditatem, cujus rei caussa deliberatio instituitur, vel ad commoda hereditatis interim tuenda. Ad cognoscendam hereditatem pertinet inspicere instrumenta hereditaria, quibus se instruere heres possit, expediat, necne, agnoscere hereditatem. Ideo horum inspiciendorum copiam prætor facit. *L. Aristo D. de jur. del.* Pertinet ad commoda hereditaria bona interdum deminui, & vendi. Et hanc deminutionem prætor concedit caussa cognita, id est si utile sit id fieri. *d. L. Aristo, §.* 1. Utile autem vel propter res ipsas, quæ distrahuntur, vel propter alias res, in quas sumptus faciendi sint, & pecunia ex aliis rebus minus necessariis quærenda. Propter res ipsas; ut si sint res, quæ tractu temporis deteriores fiant; veluti vinum, frumentum, oleum, & res hujusmodi: aut sint res nimium sumptuosæ, id est quæ sine magno sumptu, & non necessario ali possint; veluti jumenta, aut servi venales, ibidem. Propter res alias: ut si sit æs alienum, quod sub pœna, vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvendum. *d. L. Aristo. in fin. L. ait, in fin. D. eod.* Si curandum funus, ædificia sarcienda, agri colendi, familia alenda. *d. L. ait*, ver. *in caussæ.*

VII. Sed & [4] filium dum deliberat, pla-

3) Rationes impeditæ, ut obiter hic, dicuntur quando nos plus aliis debemus, quam alii nobis. Expeditæ vero quæ liquidæ sunt, & minime conturbatæ: vid. Daubman. *in Prologo Amphyt. Plaut.* Quod si rationes accepti cum expensis rationibus quadrarent, & pares essent, ac hinc inita facta computatione, nihil debebatur *pariari*, & *paria facere* dicebant *L.* 40. *de statulib. L.* 4. §. 1. *de manumiss.* Unde & *pariatio. L. ult.* §. 3 *de cond. indeb.* vid. Revar. *Var.* 9. Duar. *de Cond. indeb. C.* 11. Anton. Aug. 4. *Emend.* 11. Cujac. 9. *ad Af. in L.* 32. *de Cond. & dem.* Ged. *ad L.* 56. *de V. S. n.* 5. Henric. Salmuth. *in Li.* 1. *Memorab.* Pancirolli. *p.* 4. *& seqq.*

4) Et hinc quæstio quis filius hic accipiendus tractata in *L. ult. D. h. t.* cujus species non pertinet ad eum titulum; sed quod inde colligitur Duar. *h. t. C.* 2. licet Cujac. 3. *Ob.* 37. eam Legem plane fugitivam, & peregrinam esse putet. Appellatione autem filii continetur naturalis in *d. L. ult.* propter apertam voluntatem testantis, qui & unum

placet, alimenta habere debere ex hereditate. *L. filius*, *D. eod.* Quæ autem res potissimum in hunc usum vendi debeant, sic explicatur in *L. igitur*, *eod.* ut siquidem in hereditate sit vinum, oleum, frumentum, numerata pecunia: inde fieri debeant impendia. Si minus, a debitoribus hereditariis exigenda pecunia. Quod si nulli sint debitores, aut judicem provocent; venire debeant res supervacuæ.

VIII. Sic autem permittitur heredi ex his caussis res vendere, ut id faciat heres sine præjudicio, ut est in *D. L. Aristo* §. 1. id est ita, ut dum id facit, non ideo videatur pro herede gerere, & hereditati obligetur. *L. pro herede*, §. *servos*, *D. de acquir. hered.* Facit enim deliberationis susceptæ caussa; non quia se velit esse heredem.

IX. Hanc deminutionem permittit prætor extraneo heredi ex caussa: *d. L. Aristo*. §. 1. suo heredi, qui deliberet, an expediat hereditatem retinere, denegat, nisi justa caussa sit, cur permittat. *L. ait*, *in prin.* & ver. *merito*, & ver. *in caussæ*, *eod.* Congruunt hæc quidem in eo, quod & suo heredi permittitur hoc idem caussa cognita, & caussæ permittendi eædem sunt, quas supra exposuimus. *d. L. item*, ver. *in caussæ.* Sed cur non pariter ambobus recta se permissurum ait, non autem extraneis heredibus se permittere; suis vetare? Quia necesse fuit ita edicere. Frustra enim prohiberetur heres extraneus res alienare, qui conditione ipsa personæ satis prohibetur id facere. Ipse enim non est heres prius, quam adierit, eoque in rebus hereditariis nihil juris habet: nisi quatenus ei permittitur a prætore. Ideo solum hoc providendum fuit in hujus persona, ut quod ei jure heredis non licet, id illi a prætore caussa cognita permitteretur. At suus heres, ut statim exstitit heres, ita & fit dominus rerum hereditariarum *L. heres in omne*, *D. de acquir. hered.* quam ob caussam & suo jure potest res deminuere, nisi prohibeatur. Ideo prohibetur deminuere: quo verbo etiam actiones hereditarias jure ante quæsitas exercere prohibetur. *d. L. ait*, vers. *quid sit.* Sic tamen ut permittatur ei ex caussa.

X. Deliberationis impetratæ olim hic fuit exitus, ut si heres intra præfinitum tempus hereditatem adiret, fieret heres, ut cæteri, qui quoquo modo hereditatem etiam ab initio adivissent, eaque in re jure cum aliis communi uterentur: si repudiaret, eodem jure hereditatem amitteret. Si nec adiret, nec repudiaret, nihilominus jure civili ei adhuc deferretur hereditas. Non enim finitur hoc jus tempore, ut ante dixi. *L. si curatoris*, *C. de jur. del.* Sed tamen prætor ei, quasi repudiasset, denegaret actiones. *d. L. quandiu institutus*, *D. de acquir. hered.* Verum hæc tria, quæ modo de impetratæ deliberationis exitu dixi, ita se habuerunt olim. Justinianus autem de singulis paulo aliter constituit in his, qui impetrata deliberatione eorum quid fecissent. *L. ult.* §. *sin autem aliquis*, *C. de jur. del.* Sed quoniam quicquid in his constituitur, contempti beneficii a Justiniano pro inventario inducti pœna est: non videtur hæc pœna satis cognosci posse prius, quam de inventario, & beneficio in eo Justiniani dixerimus. Quamobrem & cum Justiniani ordine in eum locum differemus.

XI. Alterum igitur remedium superioris periculi in hereditate vitandi caussa introductum est a Justiniano: dum prius visum est neque satis tutum esse heredi, neque expedire creditoribus; certe posteriore inventum non esse necessarium. Non semper tutum est heredi. Ut enim diligentissime excusserit heres res hereditarias intra tempora præfinita: potest tamen latere æs alienum, quod postea emergat, & cui ille nihilominus obstringatur. Creditoribus suum persequentibus res differtur longius: ut mora minus illis expediat. Postremo non est necessarium heredi, si illi statim adire ex sequenti remedio nihil nocet. Quæ novi hujus introducendi caussa est. Remedium autem constituit Justinianus tale. Concedit heredi, ut statim adeat sine ullo periculi metu: dum testetur, se hereditatem adire sub beneficio inventarii, & [5] inventarium conficiat, juxta formam a Justiniano præscriptam, quæ fere summa est constitutionis Justiniani, quæ de hac re exstat in *L. ultim. C. de iur. del.*

XII.

num eum habuit filium, & dixit, ac instituit Duar. *d. Cap.* 2. Ræver. 1. *Conject.* 8. per naturalem libertinum *in d. L. ult.* intelligit filium naturalem legitimatum, qui & manumitti dicebatur, sed rectius Cujac. *d. C.* 37. in servitute conceptum, & simul cum patre manumissum, quem Labeo negat *verum* filium esse: id est justum, & legitimum. Nam alias quoque *verum*, & *justum* passim promiscue sumi ostendit Radulf. Forner. 1. *Rer. quotid.* 19.

5) Hoc inventarium vulgo solemne vocatur ad discrimen cæterorum (tutoris, curatoris bonis dati, &c.) nihil solemnitatis requirentium, nisi ut bona fide conscribantur. Quod si tamen hic in forma peccatum culpa tabularii, non nocere id heredi, si alias nihil imputari possit volunt DD. quod & probat A. Fab. 2. *de Err. Prag.* 5. Nam & Duar. *de Acq. her. C.* 6. *f.* 456. vix quenquam observare formam conficiendi inventarii *in d. L. ult.* descriptam scribit, & Cort. 1. *Conj. ad Viv.* 9. rem hanc multæ observationis vocat.

XII. Apparet igitur, hujus beneficii, & constitutionis duas esse partes; unam de ritu inventarii conficiendi: alteram de effectu confecti.

XIII. Est autem inventarium bonorum, scriptura rerum singularum, quæ in his bonis sint, descriptionem continens. Sic dictum, quod ibi res sint, quæ quæsitæ inde inveniri, & reperiri possint. *L. ultim. C. de arb. tut.* Unde etiam in usu juris a nostris appellatur repertorium. *L. tutor, qui repertorium, D. de admin. tut.*

XIV. Ritus inventarii comprehensus in *d. L. ultim.* §. *sin autem dubius*, *C. de jur. del.* ubi & ea potestas adeundi constituta est, quam supra diximus. In hoc ritu insunt hæc quatuor, quæ constitutio exigit: Ut intra certum tempus conficiatur: Ut per certas personas: Ut certis aliis præsentibus: Ut certi quid contineat. Ita in eo totidem hæc cognoscenda, intra quod tempus confici debeat; per quos, quibus præsentibus; quid continere.

XV. Tempus ita divisum ad confectionem inventarii, ut quibusdam heredibus dentur ad eam rem [6] tres menses tantum; aliis annus. Idque ita moderatum pro distantia locorum, ut sint tres tantum menses iis, qui degunt in iis locis, in quibus est tota hereditas, aut major pars hereditatis, cæteris annus. Sed ita, ut hic annus cedat heredi a morte testatoris: tres autem menses, ex [7] quo primum hereditatem sibi delatam esse cognovit. *d. L. ultim.* §. *sin autem dubius*, in princ. §. *sin autem a locis*, seq. & §. *donec.* Huic tempori datum, ut per id liber sit heres ab omni persecutione legatariorum, & creditorum, quamvis hypothecas persequentium. *d. L.* §. *donec.* Non conficienti inventarium [8] intra hoc tempus pæna constituta, ut quemadmodum adiit hereditatem ab initio, ita post id tempus maneat heres; sed hoc amplius debitis hereditariis in solidum teneatur: qui legi non paruit. [9] *ead. L.* §. *sin vero postquam.*

XVI. Jubetur, confici inventarium per personas publicas; non magistratus, sed tabularios. *d.* §. *sin autem dubius.* Nam & tabulari publicæ personæ dicuntur in *L. orphanotrophos*, *C. de ap. & cl.* Et observetur, tabularios exigi plurali numero, non tabularium; idque non tantum in *d.* §. *sin autem dubius.* sed etiam in *Novel.* 1. §. *hinc nobis.* ver. *si vero absunt.* ut intelligamus, adhiberi debere plures, unum non sufficere: scilicet, ut tantæ rei, & tam periculosæ descriptionis certior sit fides, & minus periculose legatariis aut creditoribus noceat; qui postea in re dubia inventario stare jubentur. §. *licentia*, *ead. L.* Quoniam autem numerus non adjicitur, duo sufficient. Pluralis enim elocutio sicut plures continet, ita duorum numero contenta est. *L. ubi*, *D. de testi.*

XVII. Præter tabularios aliorum quorundam præsentiam constitutio exigit his verbis, *sub præsentia tabulariorum cæterorumque qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt.* d. §. *sin autem dubius.* Neque quosnam istos cæteros ad eam rem necessarios intelligat, exprimit. Id sumendum est ex *d.* §. *hinc nobis*, *Novel.* 1. *de here. & Falc.* ubi cavetur, ut adhibeantur ad eam confectionem, præter tabularios, legatarii, & creditores hereditarii omnes: quorum scilicet interest res omnes recte, & fideliter describi: ut sit, unde postea suum facilius consequi possint. Sic autem legatarii, & creditores, si sint in ea civitate, in qua inventarium, conficitur. Si absint, ut adhibeantur, si quos illic habent procuratores. Omnes ita, nisi dignitate, valetudine, ætate, aut aliquo casu impediantur, quominus adsint. Quod si qui ex his aberunt, tum adhibeantur insuper testes ut minimum tres, integræ existimationis, & qui ibi immobilia possideant.

XVIII. Continere inventarium hæc debet.

6) Inchoari autem debet 30. dies, & intra alios 60. impleri *d. L. ult.* §. 2. vid. Fachin. 4. *Contr.* 35.

7) Vulgo dicunt cedere a die agnitæ, aditæve hereditatis: vid. A. Fab. 2. *de Err. Prag.* 6. & 7. Alvar. Valas. *Tomo* 1. *Consult.* 52. *n.* 5. Pac. *d. C.* 35.

8) Quid si necessitatem conficiendi inventarii testator aperte remiserit? Valebit remissio quoad legatarios, non autem quoad creditores, quibus testator præjudicare non potest, ut habet communis opinio. Clar. §. *testam.* Q. 66. Valas. *d. Consult.* 52. *n.* 33. P. Greg. 46. *Synt.* 3. *n.* 15. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 10. *n.* 69. & *seq.* Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Princ.* 7. *ill.* 7. generaliter definit: Quoties in alterius, quam ipsius testatoris, eorumve, qui ab eo lucrativam causam habent, favorem inventarium confici Lex vult, non potest a testatore prohiberi. Quare si testator vetat confici inventarium, prohibitio heredi prodest ad hoc, ut etiamsi non fecerit, non teneatur legatariis ultra vires hereditarias. Non autem prodest adversus creditores, quibus utique nocere testator non potuit. Habent enim creditores fundatam intentionem contra heredem, ut obligetur in solidum. Beneficium autem ut de suo heres nihil præstare teneatur, non habet a testatore, sed a lege, quæ non aliter dat, nisi inventarium fecerit. Ergo testator prohibendo videtur vi ipsa cavere, ne utatur heres beneficio; sed jure vetari, quo legatariis tenebatur heres ad dodrantem, creditoribus in solidum. Hæc Faber.

9) An & Trebell. perdat vid. *not.* 5. *Cap.* 29. *in fi.* & *ibi. not.* Num autem filius legitimam ex hac causa amittit. Negant DD. vulgo teste Gail. 2. *Obs.* 138. *n.* 14. Dissen. Claud. de Betrand, *in Tr. Legitimæ C.* 13. *n.* 71. & *seq.* Sarmient. 2. *Select. interp.* 7. *n.* 3. Jure Sax, etsi hæc pœna remissa vid. Coler. *de Proc. exsec. P.* 2. *C.* 3. *n.* 384. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 29 *n.* 16. & 18. non tamen ipsa inventarii necessitas. Nec obstat *Tex. artic.* 6. *Lib.* 1. *Land.* Imo contrarium ex eo liquet, cum heredem ultra vires hereditatis non obstringat, de quibus aliunde, quam ex inventario constare nequit, Moller. 2. *Semestr.* 14. *n.* 3.

Digitized by Google

bet. Primum quidem [10] descriptionem rerum hereditariarum; sine qua ne inventarium quidem sit. Sed extrinsecus hoo etiam constitutio exigit ad fidem rei gestæ, & quo certius legatariis, & creditoribus adversus fraudes heredis cantum sit: ut babeat inventarium [11] subscriptionem heredis, qua profiteatur res, quæ illio descriptæ sunt, esse hereditarias, neque se scire plures. In his neque se dolo malo fecisse quidquam, neque porro facturum esse. Hæc manu sua subscribere debet, si novit literas: si non novit, aut casu aliquo prohibetur scribere, tertius specialis tabularius adhibendus in hoc solum, ut pro eo eadem illa scribat. Adhibendi præterea testes, qui heredem noverint, & interfuerint, cum beres hanc subscriptionem tabulario mandaret. Hoc in *d. §. sin autem dubius, in fi. ead. L.*

XIX. Effectus inventarii rite confecti ita, ut supra scriptum est, habeat beneficium Justiniani, quod heredi, qui adiit, confecto ita inventario, ea constitutione tribuitur. Id & ad commoda hereditaria, & ad incommoda pertinet. In commodis hoc est, ut heres ea omnia percipiat, quæcunque solent tribui aliis, etiam qui in solidum satisfecerint omnibus oneribus. In incommodis, ut hæc, si, quæ incidant, quæcunque sint, heredi non noceant. Summa *§. & si præfatam*, & aliquot sequentium, *ead. L. ultim.*

XX. Commoda hereditaria dico, de quibus postea pluribus suo loco; ut heres succedat in jus omne defuncti: *L. heres in omne. D. de acquir. hered.* ut in legatis, si supra dodrantem legatum sit, utatur Falcidia *L. 1. D. ad leg. Falc.* His omnibus [12] fruetur heres, qui ita adiit, & confecit inventarium, ut supra diximus, etiam si hereditas solvendo non sit, eoque nec satisfaciat omnibus. *d. §. & si præfatam, in princ.*

XXI. Incommoda hereditaria hæc tria. Primum obligatur heres æri alieno, etsi hereditas solvendo non sit. *L. more, D. de acquir. hered.* Tum si quid impenderit in res hereditarias quanvis necessario, nullam tamen in eo nomine actionem habet. Se enim sibi ipsi obligare non potuit, cum omnis obligatio contrahatur inter duos. *L. Labeo libro D. de verbor. sign. §. sequens, Instit. de obl.* Deinde si quas ante habuit adversus defunctum actiones, hæ, adita hereditate, confusione amittuntur. *L. debitori, C. de pact. L. Stichum. §. 1. aditio, D. de sol.*

XXII. Detrahuntur hæc omnia heredi ex inventario hereditatem adeundi. Obstringitur is æri alieno, & creditoribus hereditariis; sed non ultra facultates hereditarias. *d. L. ult. §. etsi præfatam.* Impensas necessarias, quas fecit in res hereditarias, suo jure retinet; præferturque in his omnibus legatariis, & creditoribus. *ead. L. §. in computatione.* Ubi & notandum, in hoo numero haberi si quid in funus impendi, vel in testamenti insinuationem, vel in confectionem inventarii. Tametsi videri possit non necessario impendi, quod in hæc duo posteriora impenditur. Actiones, si quæ confusione amissæ sint, illi restituuntur. Sic tamen, ut in his concurrat cum cæteris creditoribus, non primus, sed suo ordine; ut futurum erat, si confusione amissæ non essent. *d. §. in computatione.* Solum hoc ei injungitur, sine quo non sit omnino heres, ut quemadmodum jure tenetur, sic & respondere debeat legatariis, & creditoribus saltem intra vires hereditarias. *d. §. etsi præfatam, in princ.* In quo si sit controversia inter heredem, & creditores, aut legatarios de quantitate patrimonii, ut hi in patrimonio plus esse dicant, quam heres esse contendit; placet, ipsos hoc probare debere. *d. L. ultim. §. licentia danda.* Unde intelligimus, in re dubia inventario stari: si tamen, ut creditoribus, aut legatariis deferentibus, ut juret heres non plus esse, quam dicit, [13] jurare debeat. Quod si creditores, vel legatarii probare velint plus esse, placet esse audiendos: ut si probaverint, quod amplius est, computetur in hereditate. Et si heres [14] id amo-

10) Omnium corporum, & incorporalium, fructuum quoque, & accessionum jacente hereditate susceptarum. Coras. *in Tract. inventarii* n. 23. vid. Valasc. *Consul.* 82. n. 11. P. Greg. 46. *Synt* 3. nn. volunt & res omnes per peritos viros, mutuo consensu heredis, & creditorum, & eligendos, æstimari debere. De quo cum Justin. constitutio nihil, id displicet Valasco d. *Consull.* 82. n. 23. & Fabro 2. *de Err. Prag.* 8.

11) Adhibito etiam jurejurando se nullius conscium esse malignitatis, *Novell.* 1. *Cap.* 2. § 1. A. Fab. 2. *de Error. Pragm.* 5.

12) Male Cort. 1. *Conj. ad Fr.* 41. Ex inventario adeuntem non esse proprie heredem, eo quod hereditas solvendo esse dicatur, quæ heredem habet *L. Libertus* 35. *de bonis lib.* Loquitur enim de jure antiquo; hodie non ita est, invento hoc beneficio. A. Fab. 1. *Jurispr.* 6. *Princ.* 5. *Ill.* 1. Et esse proprie heredem, Tiraq. *Tr. Le mort. saisit le vif. P.* 2. *Decl.* 10. n. 8. *& seqq.* Cæterum 14. effectus confecti inventarii recenset Greg. Obrecht. *Disput.* 20. a *Th.* 573. *usque ad* 624.

13) Cogitur jurejurando purgare nihil præterea in hereditate fuisse. Usus vero harum regionum ita observat, ut non ad utrumque, sed disjunctim vel ad confectionem inventarii, vel ad juramentum heres damnetur. Muller. 2. *Semestr.* 14. n. 4. Vid. & Coler. *de Proc. exec. P.* 2. *Cap.* 3. n. 386.

14) Vulgo putant, heredem convictum quid subripuisse, aut amovisse, celasseve, inventarii beneficio privandum, ut teneatur in solidum. Quam quidem sententiam, Ant. Fab. 2. *de Error. Pragm.* 5. rationem habere fatetur, quia le-

amoverit, aut amovendum curarit, jubetur, duplum restituero, eut in hereditate computare. *d.* §. *licentia*, *ead. L.* Sed pro hoc incommodo respondendi, satisfaciendique creditoribus, & legatariis hoc commodum præstatur heredi eadem lege, ut liceat ei, ut quisque primus veniet, & eb eo debitum petet, ita ei primum [15] solvere sine periculo idest ita, ut aliis postea petentibus non teneatur, quamvis jure prioribus. Ut puta, legatariis primo petentibus recte solvet legatum. Si hoc solnto nihil superest, creditoribus non tenebitur. Item inter creditores si primi veniant, quibus sine hypotheca debetur, his solvendo liberatur; & si nihil est amplius, non tenetur hypothecariis: *d.* §. *etsi præfatam*, ver. *sed etsi legatarii &* ver. *sin vero seq.*

XXIII. Sed oc, dum hic consulitur heredi, fiat injura creditoribus, cavit hnc loco Justinianus, ne ea solutio creditoribus sit fraudi: sed res tota ita temperetur: ut si hereditas solvendo non sit legatariis simul, & creditoribus, semper prior sit caussa crediturum: idest repetitionis, quam edventicii lucri, juxta regulam juris. *L. non debet auctori*, §. 1. *D. de reg. jur.* Et inter creditores semper præferantur, qui hypothecam habent; & in his illi, qui tempore sunt priores suo quique ordine. Quod si eveniet, ut prius legatariis solutum sit, placet creditores quoslibet, etiam chirographarios tantum posse ab his repetere, quod illis datum est ad eam summam, quæ sibi debetur. Id antem facere posse vel condictione indebiti, quasi heres his solvisset indebitum: unda partam indehiti condictionem creditoribus cederet: vel condictinne ex lege Justiniani. Quod si hypothecarii creditores erunt, habent hi pignoris persecutionem juxta prærogativam temporis sui, non tantum adversus legatarios, sed etiam adversus creditores quoslibet, quibus aliquid prius solutum erit. Hæc in *d.* §. *etsi præfatam*, ver. *licentia creditoribus.*

XXIV. Atque hæc beneficii a Justiniano in inventario constituti summa est. Post quod beneficium videri potest supervacuum deliberetionem postulare: id est prius illud remedium vetus usurpare, pertinens ad eadem incommoda aditionis, aut repudiationis vitanda. Et hoc quidem se putare Justinianus scribit, *ead. L.* §. & hæc quidem. *Cum enim*, inquit, *liceat heredi & adire hereditatem, & sine damno ab ea discedere ex præsentis legis auctoritate; quis locus relinquitur deliberationis?* Sed tamen quia plerosque cognovisset etiam postea vetere remedio uti cupere; ne videatur in hac re plane antiquitatis contemptor, his de caussis ibidem scribit, etiam nunc se idem liberum relinquere.

XXV. Nos adjiciemus, etiam magnam caussam fuisse, cur relinquere. Esto enim, habeat inventarii confectio sua illa commoda, quæ diximus: at habet & sua incommoda, quæ non abs re plerique fugiant. Certe si quis fugiat, jure reprehendi non potest. Sunt autem incommoda hæc duo. Unum, quod in tabulariorum, per quos inventarium confici debet, honorariis, tum in his & testibus necessariis alendis magni sæpe sumptus faciendi sont. Quos tametsi retinere heres potest, si hereditas omnibus solvendo non sit: tamen si sit solvendo, multum de ea minuunt. Alterum incommodum in eo, quod, inventario rerum admisso, necesse est, detegi defuncti facultates. Quod plerique omnes, si liceat, minime volunt: ne si hereditas reperta sit inops; defunctus probro, heredes pudore afficiantur; si locuples, exponatur heres invidiæ, & insidiis: quæ duo locupletum domos sequi solent. Non igitur temere est relictum est a Justiniano remedium vetus deliberationis, aut etiam nunc eligitur ab heredibus, si quis hoc malit.

XXVI. Sed tamen ne impune contemneretur beneficium suum, quod solum sufficere putabat, ita admisit Justinianus deliberationem, ut hanc petenti nonnulla onera imponeret, veluti contempti beneficii sui pœnam. Quæ ita admisit, ut quædam indiceret hereditatem adeunti per id tempus, quo deliberandi jus datum est; quædam per idem tempus hereditatem nec adeunti, nec aperte repudianti; quædam aperte repudianti. Quæ sum-

legis beneficio indignus, qui in eam deliquit, maxime addito perjurio. Sed tamen alia pœna in *d.* §. ea. statuta, nimirum dupli præstatio. Quod non hunc sensum habet, quasi cui ex creditoribus, vel legatariis 100. debeutur, heres præstet 200. sed ut si rem dignam 100. subtraxerit, cogatur 200. inferre in hereditatem, ut ea 100. illis auctior fiat, & solvendo idoneior. Putant & DD. postquam heres res hereditarias contrectaverit, non esse ei salvum hoc beneficium, ratione præsumpti doli. Quod displicet Fabro 2. *de Error. Pragmat.* 6. Alia, inquit, est ratio juris deliberandi *d. L. ult.* §. 14. *Cod. hoc t.* quia id non competit ei, qui heres est, sed qui fieri potest. Beneficium autem inventarii, ei qui est; quia cedit ab adita hereditate. Quid autem interest re, an verbis voluntas adeundi declaretur? Nam nec jurare debet, se nihil attigisse, sed nihil amovisse.

(15) Nec potest ei imputari quod satisdationem ab his, quibus solvit, de restituendo aliis post venturis, non exegerit, ut olim imputabatur *L.* 41. *ad. L. Falc. lit. D. Si cui plus quam per L. Falc.* vid. Valasc. *Tom.* 1. *Consult.* 82. n. 58. *&* *seqq.*

summa est, §. *pen. sin autem hæc aliquis*, *ead. L.* Si quis impetrata deliberatione per tempus præstitutum hereditatem adeat, ei proposita hæc sunt [16] incommoda duo. Unum, ut nihil prosit ei postea inventarium rerum hereditariarum facere secundom formam supra traditam, quominus teneatur omnibus creditoribus in solidom. Alterum, ut facere tamen necesse habeat, si velit in legatis beneficio Falcidiæ uti: alioqui & legata solida præstare debeat. Ei qui intra tempus ad deliberandum præfinitum non adiisset hereditatem, olim hic erat exitus, ut hereditas pro repudiata haberetur; certe heredi denegarentur actiones. *L. quandiu institutus*, *D. de acq. her.* Justinianus hoc invertit, & pro eo habet istum heredem, quasi hereditatem adivisset; ex quo deinde consequuntur incommoda altera duo superiora: ut omnibus creditoribus teneatur in solidum, quamvis inventarium fecerit: legatariis autem item in solidum sine beneficio legis Falcidiæ, nisi inventarium fecerit. Ad extremum ei, qui intra tempus deliberandi repudiavit, hoc quidem tribuit commune cum cæteris heredibus, qui non impetrato deliberandi spatio repudiarunt, ut ne teneatur oneribus hereditariis: sed imponit hoc onus, ut inventarium rite faciat. Ni facit, ut res hereditarias restituere debeat creditoribus, & legatariis, aut cæteris inferioribus, & sequentibus heredibus. Quod sic accipiendum est, ut restituere debeat res hereditarias, quæ scilicet probabuntur in hereditate fuisse. Et si de æstimatione rerum controversia sit, vult Justinianus, æstimati jurejurando eorum, quibus res restituendæ sunt, adhibita tamen judicis taxatione. Hæc, ut dixi, in *d. §. pen. sin autem hoc aliquis.*

XXVII. His remediis duobus constitutis, dubitari potuit, utrum ad rectam repudiationem, aut aditionem necesse sit heredi uti alterutro. Sed hæc heredum caussa constituta sunt, ad incommoda futuræ repudiationis, aut aditionis depellenda. Unde intelligi debuit, esse heredi libera; ut si altero uti velit, liceat utro libet. Sin utroque contempto, statim velit hereditatem adire, aut repudiare; & hoc item liceat; ut utrumvis fecerit, ratum sit, sitque is effectus, quem postea harum rerum ex jure vetere esse dicemus. Idque etiam ita cautum est. in *d. L. ult. §. 1. de jur. del.*

CAP.

16) Quod non confecto inventario, tenetur creditoribus in solidum, non est pœnæ adscribendum, sed est ex jure communi, quia videlicet conditionem, sub qua jus novum dat beneficium, non implet. Quod autem etiam legatariis in solidum tenetur, nec Falcidiam deducit, id adscribendum est pœnæ. A. Fab. l. *Jurispr.* 12. *Princ.* 7. *Ill.* 7. Id autem visum est utile, quia plurima occultari possunt, fraudandorum legatariorum gratia. Imputet igitur sibi heres cur beneficio non usus sit Duar. *de Acq. her* C. 6 *f.* 456. Jure Saxonico vero heres ultra facultates ex caussa hujus omissionis, non convenitur. Zobel P. 2. *Diff.* 55. Reinh. P. 6. *Diff.* 57. n. 6. Coler. *de Proc. exsec.* P. 2. *Cap.* 3. n. 314.

Digitized by Google

CAP. IV.

Extraneis heredibus voluntate neque acquiri, neque amitti hereditatem, ad quam vocati sunt, nisi his conditionibus tribus: ut & delata sit eis hereditas; & sibi delatam sciant, & hereditati obligari possint, vel ipsi, dum sibi quærunt, vel alii, quibus per eos acquiritur. Delatam hereditatem videri, non quæ solum ab initio recte delata sit, sed quæ in ea caussa perseveret. Desinere in ea caussa esse, cum aut semel heredi quæsita est, aut spes ejus acquirendæ amissa. Amitti hanc spem, & una adeundi, repudiandive potestatem, repudiatione heredis, ejus morte, tempore. Morte ita, nisi si quibus casibus hereditas non adita ab herede transmittitur ad ejus heredes: tum quibus casibus transmittatur.

Non statim voluntate aut acquiri hereditatem, aut repudiari, sed certis quibusdam conditionibus utriusque generis acquisitionis æque ac repudiationis communis. I.
Hæ tres. II.
Prima omnium heredum communis, ut delata sit hereditas. Non delatam frustra & adiri, & repudiari. III.
Ut sit delata in eo tria inesse. IV.
Ut defunctus sit is, de cujus bonis agitur. Viventis nulla hereditas. V.
Ut sit delata jure. Id vel ex testamento, vel ab intestato. VI.
Defertur testamento, sed justo. Si adiecta conditio institutioni, non deferri ante quam ea exstiterit. Hæc heredi utrum a testatore adscripta sit, an jure injecta, ad deferendam hereditatem nihil interesse. VII.
Item ab intestato; sed certa conditione, & qua nam. VIII.
Non esse satis ab initio recte delatam hereditatem, nisi delata perseveret. Desinere esse delatam cum aut acquisita est, aut amissa. IX.
Amitti tribus modis. X.
Repudiatione. XI.
Morte heredis, cum is non adita hereditate decessit. Et quare ad ejus heredes non transmittat nec hereditatem ipsam, neque ejus adeundi jus. XII.
Jus hoc temperatum partim constitutionibus, partim interpretatione prudentum. XIII.
Omnibus heredibus in universum tributum, ut decedentes intra annum, ex quo hereditatem sibi delatam sciant, deliberandi, unaque adeundi jus ad heredes quosvis transmittant; Sic vero, ut quod ex eo reliquum est, tantum relinquatur ad deliberandum: non amplius. Idem si brevius tempus a magistratu impetratum. Quid si heres non petita deliberatione decesserit. XIV.
Item propriis quibusdam cautis transmissio recepta; idque vel propter personas quorundam heredum, vel propter causam, & æquitatem. XV.
Propter personas in duobus generibus heredum. XVI.
In liberis; & quomodo. XVII.
Item in infante. XVIII.
Propter causam, & æquitatem in duobus casibus, & qui nam. XIX. XX.
Tempore non amittitur hereditas jure civili, sed jure prætorio dumtaxat elapso eo tempore, quod petendæ bonorum possessioni præfinitum est. XXI.
Epilogus. XXII.

I. RE deliberata juxta ea, quæ supra diximus, potest de commodis, & incommodis hereditariis heredi provisum esse: de jure acquirendi, aut omittendi hereditatem non statim. Ut maxime re provisa statuerit heres, utrum velit heres esse, an non esse; tamen non statim voluntate acquiri hereditas potest, aut voluntate omitti. Certæ sunt in utroque genere conditiones: de quibus ideo ad futuram acquisitionem, aut omissionem ante omnia constituendum est. Veruntamen ita certæ, non ut quædam sint, quibus proprie acquiratur hereditas; & aliæ, quibus eadem repudietur, & omittatur: sed unæ, & eædem utriusque generis communes; idest ejusmodi, ut qui acquirendæ hereditati præstitutæ sunt, eædem sint & he-

& hereditati omittendæ. Quod indicant hæ definitiones veterum: ejus est [a] nolle, qui & velle. *L. ejus, D. de reg. jur.* Et quæ superiorem sententiam propius exprimunt, is potest repudiare, qui & acquirere potest. *L. is potest, D. de acq. her.* Item, nolle adire non videtur, qui non potest adire. *L. 4. D. eod.* Quapropter & de his quod ad acquisitionem, & repudiationem hereditatis pariter pertineat in commune dicendum est.

II. Generales conditiones tres sunt, quibus voluntate acquiri hereditas potest, & contraria voluntate amitti: ita constitutæ, ut una aliqua ex his, aut parte ejus deficiente, nihil agat voluntas præsens ad hereditatem quandoque acquirendam, nihil voluntas ad repudiandam, & omittendam. Prima est, si hereditas volenti delata sit: secunda, si heres sibi delatam sciat: tertia, si obligare possit eum, cui hereditatem acquisiturus est, sive acquirat sibi, sive alii

III. Prima conditio ad acquirendam hereditatem omnium heredum tam necessariorum, quam extraneorum communis, est hæc, ut sit hereditas acquisituro delata. Conditio nominatim posita in *L. si quis extraneus*, 21. §. 1. *D. de acq. her.* pro qua Justinianus in §. *item extraneus*, *Inst. de her. qual. & diff.* hanc posuit, ut diceret ita quemque extraneum heredem adeundo, vel pro herede gerendo heredem fieri, si sit testamento institutus, aut ab intestato vocatus ad legitimam hereditatem. His enim modis, ut ante ostendimus, defertur nobis hereditas. In quo ne quis nos putet otiose repetere ea, quæ de deferenda hereditate ante diximus, quæ omnia huc spectarunt, ut intelligeretur, nisi istis modis delata esset, eam acquiri non posse: non nunc hoc idem inculcamus: sed hoc adjicimus, hereditatem non delatam ita in præsens adeundo acquiri, aut repudiando amitti non posse, ut si adita, aut repudiata fuerit, nihil egerit ne in futurum quidem aditio, aut repudiatio: id est nec si postea deferatur hereditas, vel proficiat aditio præcedens ad eam acquirendam, vel præcedens repudiatio ad omittendam: non obstet denique, quin delata postea hereditate, ei qui adiverat, liberum sit ex pœnitentia repudiare, & ei, qui repudiaverat, liberum adire. Sic ergo potius res nobis hic definiatur, non delatam hereditatem frustra adire: non delatam frustra repudiari: vel, quod idem valet, eum, qui horum alterutrum in non delata hereditate faciat, nihil agere. Quæ posterior definitio exstat in *d. L. si quis extraneus*, 21. §. 1. *de acq. her.*

IV. Ut delata sit hereditas, in eo tria insunt. Primum, ut sit hereditas; quod ita fit, si decesserit is, de cujus bonis agitur. Secundum, ut delata sit ab initio iis modis, quibus jure deferri solet. Tertium, ut semel delata perseveret. Eo fit, ut si quid in his desit, placeat inutilem esse aditionem. Quod species expositæ docebunt.

V. Primum exigimus, ut sit defunctus is, de cujus bonis agitur: scilicet quoniam non prius incipit esse hereditas. Defuncti enim solum hereditas est ex definitione hereditatis. *L. hereditas, D. de reg. jur.* Proinde [a] viventis nulla. *L. 1. D. de her. vel act. ven.* Non potest autem dici delata hereditas, quæ nondum hereditas est. Hinc ergo illa: neminem pro herede gerere posse, & generaliter neminem de hereditate acquirenda statuere animo suo posse vivo eo, de cujus bonis agitur. *L. neminem, D. de acq. her.* Et contra, qui superstitis bona repudiat, eum nihil agere. *L. qui superstitis, D. de acq. her.* Utrumque, ut dixi, ex eo, quod si quid fit in viventis bonis, fit nondum delata hereditate. Delatam autem hereditatem esse volumus. Quod sane non eo dicitur, ut significetur per id tempus hereditatem non acquiri, aut non omitti: nam de eo nemo sanus dubitat. Sed eo pertinet, ut declaretur, quod supra posui, si quis, vivo patrefamilias, dixerit, se velle esse heredem, aditionem ei ne in futurum quidem prodesse ad acquirendam quandoque hereditatem, aut nocere, quominus recte repudiet, quamvis, patrefamilias mortuo, cœperit hereditas ei deferri. Et contra si repudiaverit, repudiationem nec proficere ad hereditatem amittendam, quam apud se amissam velit, nec nocere, quominus postea delatam recte acquirat. *d. L. qui superstitis, de acq. her.*

VI.

a) Ita habet vulgata lectio, & probat Duar. *h. t. de acq. her. Cap.* 8. Rob. 2. *Rec. lect.* 26. & 1. *Animadv.* 30. P. Fab. *ad d. L.* 3. & ipse eam Legem ad h. tit. referens, & Grævi referente, sed non probante, Rævar. *ad d. L.* 3. Florentinæ Pandectæ habent, *non nolle*, cujus lectionis hic sensus, juxta Rævar. Is dicendus est dissimulare, qui potest voluntatem suam declarare. Non nolle enim est pati, & non contradicere: seu non nolle dicuntur, qui scientes dissimulent, nec declarant, se vel velle, vel nolle *L.* 1. §. 1. & 2. *de trib. act.* Ræv. *d. loc.* vid. & Ant. Aug. 1. *Emend.* 2. *circ. fin.* Cujac. 5. *Obs.* 39. & 15 *Obs.* 23. legit, *non velle*, non diffidens tamen & vulgatæ & Florentinæ lectionis sententiam veram esse, quem *ibid.* vide de differentia inter valle, & non nolle, ut & Bell. 4. *Supp.* 14. n. 8. & 3. P. Fab. & Goth. *ad d. L.* 3.

a) Scite igitur ridet Salvian. *Lib.* 3. testatorem sic instituentem: *Quandoque ego ex rebus humanis decessero, tum ille mihi heres esto*; ref. Cujac. *ad d. L.* 1. *D Qui test. fac.* An autem morte spirituali, per assumptionem ordinis Minoritarum, statim confirmetur testamentum, ut, non expectata morte naturali, hereditas adiri possit: vid. Dauth. *de Test.* n. 71. & seqq.

Digitized by Google

VI. Secundum exigimus ad delatam hereditatem, ut sit delata ab initio jure, seu iis modis, quibus jure deferri solet. Non enim defertur, quæ jure acquiri non potest, ut maxime quis velit hereditatem suam ad aliquem pertinere. Solæ nostræ fiunt hereditates, quæ aut obveniunt lege, aut lege confirmantur. *L. lege, D. de verb. signific.* Diximus suo loco, hereditatem deferri testamento, aut ab intestato. §. *ult. Inst. per quas pers. nob. acq.* Quam multis ergo rebus opus est, ut his modis deferatur; tam multis accidet, ut si quid earum rerum desit, inutilis sit interim aditio, aut repudiatio.

VII. Defertur hereditas testamento; sed justo. Finge ad vim testamenti deesse aliquid aut in persona testantis, aut in solemnibus, aut in institutione, vel exheredatione liberorum necessaria. Constat, inde hereditatem acquiri non posse, ut jure non delatam. §. *ult. Inst. quib. mod. test. inf. L. hac consultissima*, §. *ex imperfecto, C. de testamen.* Sed de eo minus dubitatur, minusque ad hunc locum pertinet: cum constet ex hujusmodi testamento neque hunc deferri hereditatem, neque deinceps delatam iri, de quo etiamsi dubitetur, satis jam supra de eo diximus. At hoc amplius dicimus, de quo hic justa dubitatio esse potuit; etsi testamento justo hereditas ita delata sit, ut spes sit, eam quandoque obvenire posse: si tamen nondum sit delata, interim adiri eam, aut repudiari non posse. Quod fit, cum heres institutus est sub conditione. Quandiu enim non exsistit conditio, ex voluntate defuncti nihil defertur. *L. si plures, D. de cond. inst. L. legata, D. de cond. & dem.* Proinde heres sub conditione institutus, ante conditionem exsistentem ut adeundo, sic repudiando nihil egerit: etiamsi conditio fuerit in arbitrium ejus collata, cui in animo habuerit parere, ac postea etiam paruerit. *L. his qui heres, in pr. D. de acq. her.* Pertinet hæc definitio maxime ad omnes substitutos. Nam substitutus omnis instituitur sub conditione, si primus heres non erit, aut defecerit. Inde dictum, quandiu prior heres institutus hereditatem adire potest, tandiu substitutum non posse. *L.* 3. *L. quandiu institutus, D. de acq. her.* scilicet, quia tandiu substituto locus non est, ut est in *d. L. quandiu institutus.* id est tandiu ei non defertur hereditas, utpote quæ interim ei delata sit sub conditione. Quæ res faciet, ut nec interim possit hereditatem repudiare. *L. is potest, D. de acq. her.* Conditio heredi, utrum a testatore adscripta sit, an jure injecta, ad deferendam hereditatem nihil interest. Cum autem in extraneis heredibus exigatur, ut sit cum eis testamenti factio etiam tum, cum adeunt hereditatem, quo exitum habeat institutio: §. *in extraneis, Inst. de her. qual. & diff.* apparet, nihil aliud his verbis, quam extraneis heredibus adire volentibus injici conditionem, ut adire possint, si tum sit cum illis testamenti factio. Id ergo eam vim habere intelligemus, ut si heres, mortuo testatore, deportatus sit, tandiu nec adire possit, nec repudiare, quod restituto prosit postea, aut noceat. At restitutus utrumque poterit.

VIII. Ab intestato defertur hereditas certis personis: extra quas hereditatem nec acquiri, nec repudiari posse convenit: sed nec de eo hic dubitatur. Defertur his ipsis personis certa conditione: nempe omnibus in universum, si is, de cujus bonis agitur, intestatus decesserit. Hoc ergo est, quod de hoc genere dicitur, quandiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non deferri. *L. quandiu potest, D. de acq. her.* Id autem est, tandiu nec ad nos pertinere, ut adiri possit, aut repudiari. *L. in plurium. L. illud, D. eod.* Sed & in heredibus ipsis legitimis plures sunt gradus, quorum posteriores non vocantur nisi hac conditione, si priores non exstabunt. Quamobrem ut in pluribus diverso gradu substitutis, sic istis heredum legitimorum gradibus positis, expectamus in singulis, donec posterioribus delata sit, quo ab his adeatur, aut repudietur hereditas. Arg. in *d. L. heres institutus. L. in plurium, de acq. her.*

IX. Non est satis ab initio recte delatam esse hereditatem, ut dici possit nunc esse delata, nisi etiam delata perseveret. Non enim amplius delata est, quæ delata esse desiit. Itaque ad delatam hereditatem hoc etiam tertium exigebamus, ut delata perseveraret. Desinit delata esse duobus modis; si vel jam quæsita sit heredi, vel spes ejus acquirendæ amissa, aut, ut veteres loquuntur, si hereditas ipsa amissa sit. Quæsitam quidem hereditatem amplius quæri non posse constat. Quod enim nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. §. *sic itaque Inst. de act.* Ac nec de eo laborat quisquam, ut quam jam quæsitam habet, amplius acquirat. Sed hoc moneri eo pertinet, ut sciamus, quæ ita quæsita est, jam amplius delatam non esse: cum ut dixi, definiatur ea delata, quam quis potest adeundo consequi. *d. L. delata, de ver. sig.* Hoc autem posito de-

latam non esse, fit id, quod traditur in *L. 4. C. de rep. her.* & de quo potuit ambigi, eum qui ita quæsivit, quæsitam renuntiando nihil agere, sed jus quod habuit, retinere. Scilicet, quia nemo repudiare potest, nisi delatam. *L. si quis extraneus*, §. 1. *D. de acquir. her.* Nemo repudiare, nisi qui & acquirere potest, ob eamdem caussam. *L. is potest*, *D. eod.* Quamquam hujus retentionis etiam alia ratio est; de qua in effecte quæsitæ hereditatis dicetur postea.

X. Non minus delata esse desiit, quæ semel delata amissa est. Amissa hereditas ut postea repudiatur supervacuo, quæ jam satis amissa est: ita amplius mutata voluntate acquiri non potest; quippe non amplius delata. *d. L. 4. C. de rep. her.* Delata hereditas amittitur, aut repudiatione heredis, aut morte ejus, aut tempore.

XI. De repudiatione, & ejus effectu dicetur pluribus postea. Nunc hoc teneatur, quod locus postulat, repudiatione amitti hereditatem. *L. is qui heres*, *D. de acquir. hered.* Ita amissam ut jam minime delatam, post quæri non posse. *d. L. 4. C. de rep. her.*

XII. Morte heredis amittitur hereditas, cum is non adita hereditate decessit. Nam illud quidem certum est, ipsum qui mortuus est, amplius adire, aut agnoscere hereditatem non posse. De herede autem ejus ita regula juris definit, hereditatem non aditam, aut bonorum possessionem non agnitam ad heredes non transmitti. *L. quoniam*, *C. de jur. delib. L. unica*, §. *in novissimo*, *C. de cad. tollen. L. emancipata*, *C. qui adm. ad bon. pos. pos.* Qua regula non significatur, ipsam hereditatem tanquam defuncto quæsitam non transmitti. Esset enim superfluum monere: cum satis constet, illi quæsitam non fuisse, quam ponimus non fuisse aditam. §. *item extraneus*, *Instit. de her. qual. & differen.* Sed significatur hoc amplius, non transmitti ita, ut heredibus deferatur, quo possint eam adeundo consequi. Et in summa nec [3] jus adeundi ad heredes transmitti. Id quod inter alia indicat ejus regulæ exceptio tradita in *L. cum antiquioribus*, *C. de jur. del.* ubi non illud tribuitur heredibus heredis qui non adivit, ut hereditatem habeant velut jam quæsitam, quod fieri non potuit; sed ut possint adire, quod defunctus poterat. Hæc res facit, ut, herede ante aditam hereditatem mortuo, vere dicamus morte ejus hereditatem esse amissam, seu in ea caussa esse cœpisse, ut jam adeundo acquiri non possit; quæ scilicet amplius adiri non potest, nec a mortuo, qui non est in rerum natura; nec ab heredibus defuncti, quibus jure non defertur, quia ad eos non transmittitur. Sed esto, dicet aliquis; recte placuerit hereditatem, quæ defuncto quæsita non est, ad heredes non transmitti: cum nemo plus commodi possit heredi suo relinquere, quam ipse habuit. *L. nemo plus commodi. L. nemo plus juris*, *D. de reg. jur.* At jus adeundi saltem heres habuit. Cur ergo e converso id non transferat: cum sit certi juris; heredem in omne jus defuncti succedere, quod & ipsum definitio hereditatis efficit? *L. heres in omne*, *D. de acq. her. L. hereditas*, *D. de regul. jur.* Eo fit, quia ad ea, quæ personæ cohærent, hoc jus non pertinet. Quod personale est, ad heredem non transit. *L. non solum*, §. *tale*, *D. de lib. leg. L. quia tale*, *D. solut. matrim.* Tale est autem jus hereditatis delatæ adeundæ. Id enim personale definimus, cui personæ conditio locum facit; *L. in omnibus caussis id. D. de regul. jur.* seu in quo alicui tribuendo personæ tantum ejus, puta meriti, dignitatis, réverentiæ ei debitæ, aut similium rerum personæ cohærentium ratio habetur. *L. maritum. L. quia*, *seq. D. sol. mat.* Atqui sic defertur hereditas. Defertur enim certis tantum personis, & his ob meritum, aut conjunctionem sanguinis, aut aliis de caussis personæ cohærentibus, puta testamento, scriptis tantum heredibus, erga quos propriis de caussis afficitur testator. *L. nec adjecit. L. & quia*, *seq. D. pro soc.* Ab intestato autem liberis, parentibus, cognatis, & similibus. Quo in numero constat non esse heredes heredis scripti; quoniam ipsi scripti non sunt, nec ad affectionem defuncti eodem modo pertinent. Constat item, non esse liberorum, & cognatorum heredes, qui ipsi nec liberi sunt, nec cognati.

3) Variæ rationes adferri solent, quas refert Alc. 3. *Paradox.* 5. Non expedit rem ea, quia ante aditionem nullum jus habet qui decessit. Cur enim facultas acquirendi non transmittitur, Duar. *h. t.* C. 5. & *Lib.* 2. *de Jur. accresc.* C. 17. putans id jus augendi, & locupletandi fisci caussa constitutum, ut plura caduca fierent; ideoque id postea varie temperatum. Nicol. Valla *de Reb. dub. Tract.* 6. aditionem consistere in mera facultate, quæ non est in bonis nostris A. Fab. 14. *Conject.* 2. sic. Jus adeundi pendet ex delatione *L.* 151. *de V. S.* Hereditatem autem non defert Lex nisi vel scriptis, vel, ab intestato, proximis agnatis, non etiam eorum heredibus. Ex sola porro delatione non acquiritur hereditas, nisi necessariis. Defertur hereditas ignoranti, & invito; acquiritur non nisi volenti. Aliud est in legato, quod transmittitur non agnitum, quia & (ex sententia Fabri vid. not. *inf. Lib.* 8. *Cap.* 18. *N.* 1.) ignoranti acquiritur. Sed Donelli nostri ratio hic longe expeditior, quam & tradit in op. post. *ad L.* 4. *C. qui admitti.*

ti. Beneficium ergo delatæ hereditatis personæ superiorum cohæsit. Ideo & cum persona extinguitur, nec transit ad heredes. *d. L. quia tale*, *D. sol. mat.*

XIII. Sed justis de caussis hnc jus temperatum est partim constitutionibus, partim interpretatione prudentum, & admissa hæc transmissio. Quod quibus in caussis receptum est, io his accidit, ut mortuo ante aditam hereditatem herede, nihilominus iotegrum sit jus adeundi ejus heredibus, ut futorum foret defuncto, atque hoc modo etiam heredis heredibus hereditas deferatur.

XIV. Ac [4] primum omnibus heredibus in commune tributum constitutione Justiniani. *L. cum antiquioribus*, *C. de jur. delib.* Ut si delata sibi hereditate, qoam & sibi delatam sciant, decedant intra annum, ex quo delatam cognoverint, jus deliberandi, & una jus adeundi ad heredes suos quosconque transmittant intra id tempus, quod ipsis, si viverent, ex eo anno ad deliberandum reliquum esset. Quod hac ratione constitutum accipiendum est, quasi scilicet heredes, cum sciunt sibi delatam hereditatem, neque adeunt, existimentur deliberare de hereditate, & id jus deliberandi, atque ex eo jus adeundi, si expediat, sibi sumere. Quod sumptum, & velut suum factom, non mirum, si ad heredes suos transferunt. Sed jus, ut dixi, intra annum conclusam, quasi non longius tempus ad deliberaodum constitutio esse voluerit, quod & ipse Justioianus apertius postea definivit in *L. ult. §. & hæc quidem*, *C. de jur. del.* Si impetrata a magistratu deliberatione brevius tempus heredi vivo datum erit, intra id decedens, non amplius quam quod inde reliquum erit, ad heredem transferet, ut significatur in *d. L. cum antiquioribus*, §. 1. Ubi cavetur, ut si deliberationem meruit heres, cum petiisset, hanc in suam successionem transmittat. Anni antem spatium postea assignat ei, qui deliberatione non petita decessit.

XV. Quod si heres aut delatam sibi hereditatem ignorans, aut anno exacto postquam cognovit, non adita hereditate decesserit: vel hæc ipsa coostitutio declarat, his casibus non æque admitti hanc transmissiooem. Et ita est; non æqoe admissa est in omnibus heredibos; admissa tamen in quibosdam propriis rationibus. Tributum hoc partim personæ quorundam heredum, partim rei, & caussæ.

XVI. Favore personarum recepta hæc transmissio in duobus generibus heredum.

XVII. Primum in liberis. [5] Liberi parentum hereditatem sibi delatam oec aditam, morientes, quamvis juris sui ignari, ad liberos suos, eosdemque suos heredes transmittunt. Ut si filio delata sit hereditas patris, aut matris, filio mortuo, ad liberos ejus avi, aut aviæ defunctæ nepotes, si volent, avita hereditas sine ulla præscriptiooe temporis pertinebit. Effectum hoc constitutiooe Theodosii. *L. unica*, *C. de his qui ante ap. tab. her. trans.* quæ constitutio commemoratur in *L. unica*, *§. in novissimo*, *C. de cad. tol.*

XVIII. Idem receptum alia ejusdem principis constitutione in persona [6] infantis heredis, cui mortoo pater sit heres. Sic autem constitutio est, ut delata infanti hereditate, liceat parenti, cujos io potestate infans est, infantis nomine hereditatem

4) A. Fab. 14. *Conject.* 1. Extra duas exceptiones (Adscendentium in descendentes ex *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.* & ratione adjuncti, juris deliberandi ex *L. 19. C. de I. delib.*) regulam perpetuam esse. In suis enim locum habet transmissio hereditatis jam quæsitæ: vid. *N. seqq.* In casu autem *L. 18. C. de I. delib.* (quando infanti delata hereditas) acquiritur patri non vi transmissionis, sed jure patriæ potestatis, ut Leo ait, ex constitutione Imperatoris contra regulas juris, quibus patria potestas finitur morte. Aliquando tamen ita succurritur heredis heredi, ut etiam non transmissæ hereditatis commodum sentiat, vel data actione contra illum, per quem factum, quo minus transmitteretur, ut in *L.* 2. §. 8. *si mul. ventr. nomine*, *&c.* vel datis actionibus hereditariis utilibus *L.* 5. §. 30. *ad SC. Sil. L.* 22. *de Carb. ed.* Aliquando etiam non adita transmittitur beneficio restitutionis in integrum, quoties videlicet ille ipse, qui ante aditam hereditatem decessit, potuit ad adeundam restitui. In hunc sensum Faber, quam vide.

5) Quod intellige de liberis emancipatis, vel heredibus matris. Hi enim tantum ad descendentes suos transmittunt nondum acquisitam parentum hereditatem. Et de his loquitur *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Filius autem suus ad quoscunque transmittit. Duar. *h. t.* C. 5. *f.* 451. (quicquid contradicat Cujac. 4. *ad Afric. ad L.* 16. *de li. & postum.*) imo vere ne transmittit quidem, quia cum existat absque agnitione *L.* 14. *D. L.* 8. *C. de suis & leg. L.* 3. *C. de I. delib.* potius heres ejus ad bona jam quæsita admittitur. Duar. *ad tit. D. de vulg. & pup.* C. 10. *f.* 380. & *ad h. tit.* D C. 5. Coras. *Epistolic. qq.* C. 2. *n.* 4. A. Fab. 14. *Conj.* 1. Cabot. 2. *Disp.* 23. *Transmissio*, inquit, *in suis non est hereditatis quærendæ, sed quæsitæ L.* 10. §. 1. *de castr. pecul. L.* 11. *in fi. cum* 2. *seqq. de mil. test. & simul.* Neque hic opus ulla constitutione, sed tantum interpretatione. Duar. *d.* C. 5. tametsi quibusdam visum sit, hanc quæstionem (an suus hereditatem paternam etiam ad extraneos transmittat) indigere Cæsarea decisione. Non obstat *L.* 19. *C. de I. delib. in pr.* ubi filiusfamilias transmittit in suam posteritatem. Nam id tantum obiter ibi asseritur (verba sunt enunciativa, non dispositiva, ut vulgo) & ea verba etiam de aliis successoribus, quam liberis accipi possunt Duar. *d.* C. An autem hoc ad emancipatos hodie extendendum ex Nov. 118. qua suis exæquantur, & hi ad quoscunque heredes hodie transmittant? Negat Duar. *ibid.* quia dicta Nov. loquitur de successione intestati, non de jure sui, ejusque effectis. Vid. & de hac transmissione Gov. 1. *Var. lect.* 4. *n.* 1. Vacon. 3. *Decl.* 50. *n.* 18. *& seqq.* Vasq. *Lib.* 1. *de Succ. progressu* §. 6. *& 7.* & de aliis transmissionis speciebus, *ibid. &* §. 8. *ac* 9. & Simon de Pratis *L.* 3. *de interpr. ult. volunt. Interr.* 1. *dub.* 5. *sol.* 4. Gomez. 1. *Var. resol.* 9. A. Fab. 34. *Err. Pragm.* 4. *& seqq.* Jac. Schultis. *in addit. ad* Modest. Pist. P. 4. Q. 131.

6) Vid. not. *sup.* ex Fabro *N.* 4. & Duar. *h. t.* C. 5. *f.* 453. *& seq.* An dispositio *d. L.* 18. locus sit etiam in matre vid. Tesaur. *Decis.* 88.

Digitized by Google

ditatem edire; eique hoc modo acquirere. Quod si adire neglexerit, ut infante mortuo nihilominus hereditas ad perentem redeat patrio jure, quasi jam ante infanti quæsita. Hoc in *L. si infanti*, *in pr.* & ver. 2. *C. de jur. del.*

XIX. Caussæ, & rei æquitas eamdem trensmissionem in aliis quoque personis admisit, cum heredi delata fuit hereditas, & voluit hereditatem adire, si liceret, sed non potuit impeditus jure; justa autem caussa est, cur ei impedimentum nocere non debeet. At cur non debeat nocere: caussa duplex. Una est, si jure vetatur heres hereditatem adire ad tempus, tantummodo ut alteri consulatur, & interim beres decedet. Injicitur hæc mora aditioni senatusconsulto Silaniano, item Carboniano edicto. Silaniano cautum est, si dominus dicatur occisus a familie, ne prius aperiatur testamentum, aut adeatur hereditas, qusm de ee familia quæstio habita, suppliciumque de noxiis sumptum fuerit. *L.* 3. §. *quod ad caussam*, *D. de SC. Sila.* Fac interim decedere heredem: placet, enm utiles actiones transmittere ad beredem suum. *d. L.* 3. §. *eleganter. L.* 4. *de Sila.* Id est summo jure non deferri heredi ejus bereditatem, ut directas actiones habeat: sed deferri ex æquo, & bono, ut habeat 7) utiles. Et merito: non enim debnit nocere heredi, quod juri paruit, & dum juri paret, bereditatem non edivit. Ac ne illud quidem senetus consulto propositum fuit ut noceret: sed tantum ut consuleretur defuncto. Quod beneficium cum injuria heredis conjunctum esse non debet. *L. nec avus*, *C. de emn. lib.* Carbonianum edictum ita est, ut si quis scriptus sit heres en testamento, quo filius impubes præteritus est, & is negetur esse filius; caussa cognita perinde bonorum possessio contra tabulas ei detur, ec si nulla de ea re controversia esset, & judicium in tempus pubertatis caussa cognita differatur. *L.* 1. *in pr. D. de Carb. ed.* Hæc res facit, ut tantisper scriptus heres bonorum possessionem secundum tabulas petere non possit. *L.* 2. *D. de bo. pos. sec. tab. L. scriptus*, *D. de Carb. ed.* Quid ergo, si interim decedat? Placet & hic beredibus ejus succurri; quia impedimentum temporale fuerit, jure illi impuberis censsa objectum. Quod non est æquum ei nocere, si appareat postea, impuberem istum filium non fuisse; & quod vivo nocere non debuit, nec debet nocere ejus heredibus. *d. L. scriptus. de Carb. ed.*

XX. Altere caussa est eamdem æquitatem continens, & similiter transmissionem tribuens, si impedimentum quominus ex testamento adiri posset, siquidem verum esset, fuit perpetuum: certe ex re, & ignorantia sola beredis natum; sed fuit is heres, qui etsi ex testamento heres non esset, ab intestato tamen esse potuit. Finge, scriptum esse heredem præterito postumo, qui in utero mulieris esse dicebatur. Quamdiu in incerto est, an mulier sit prægnans, sive vere prægnans sit, sive dicatur esse prægnans, scriptus hereditatem edire non potest. *L. cum quidam*, §. *quod dicitur*, *D. de acq. her.* Quid, si interim decedat scriptus heres, & postea appareat, mulierem non fuisse prægnantem? Et si proponatur scriptus fuisse heres extreneus, placet hereditatem ad heredes ejus non transferri; quia non sit hæc mora, quæ illi injiciatur jure temporis caussa, sed impedimentum, quod ei ex re, & ignorantie juris sui nsscatur. *d. L.* 3. §. *ult. L.* 4. *de Sila.* Quod si is erit heres, qui nato quoque postumo, & rescisso testsmento, una cum postumo beres esse potuerit ab intesteto, puta filius defuncti: æquissimum visum est, & filio ipsi, dum vivit, interim decreto succurri, ut ei bonorum possessionem petere liceat vel secundum tabules, vel contra tebulas: qui in omnem eventum beres futurus fuerit: etsi non petita possessione moriatur, idem heredi ejus decreto, idest caussa cognita tribuendum. *L.* 8) *ventre*, *D. de acq. her. L.* 4. §. *ult.* & *L. seq. D. de bo. pos. cont. tab.*

XXI. Tempore nulla hereditas delata emittitur jure civili. Semel delatam licet perpetuo adire ei, qui non repudiavit. *L. si curatoris*, *C. de jur. del.* Solum olim petita deliberatione eveniebat, ut si heres intra tempus præfinitum non adiret, non desineret quidem heres esse, sed tamen quasi repudiasset, denegarentur ei a præ-

7) Et sic heres heredis tantum non transmissæ hereditatis commodum percipit. A. Fab. 14. *Conject.* 1. Non autem necessaria est restitutio in integrum. Duar. *h. t. C.* 5. *f.* 452. Cabot. 2. *Disp.* 23. non jure civili hic transmitti, sed æquitate, aut decreto prætoris. Videtur tamen ea de re constitutio edita fuisse *per d. L.* 4. *D. ad SC. Silan.* Nam quod. Cujac. 4. *Obs.* 13. auctoritate manuscripti pro *constitutione* reponit *substitutione*, mihi non probatur; cum nec ad emendationem confugere necesse sit; & Pandectæ Florentinæ vulgatis, fatente Cujacio, consentiant. Utrumque enim verum est in *d. L.* 4. Dantur actiones heredibus mulieris, ex substitutionis causa, vel propter substitutionem, quod ex specie facti relata sat apertum, nec exprimi necesse est; & dantur *ex constitutione*, quæ hac de re edita, licet nunc non exstet.

8) De qua vid. Govean. 1. *Var. lect.* 4. n. 2. A. Fab. 1. *Conject.* 19. Henr. a Suerin. *Repet. lect. Cap.* 33. Confer. Curt. 1. *Conject. ad Vir.* 1.

prætore actiones, ut sic tempore finiretur potestas adeundi. *L. quandiu institutus*, *D. de acq. her.* Hodie contra. Nam qui intra id tempus non repudiavit, pro eo habetur, ac si adiisset, ex constitutione Justiniani, *L. ult.* §. *pen. C. de jur. del.* Sed amittitur hereditas jure prætorio in bonorum possessione. Huic enim delatæ petendæ certum tempus præfinitum est a prætore: liberis, & parentibus anni utilis spatium: cæteris utiles centum dies. §. *cum igitur*, *Inst. de bo. poss. L. 2. in pr. D. quis ord. in bo. poss. ser. L. 1.* §. *si intra*, §. *largius*, *D. de suc. ed.* De quo postea in bonorum possessione, infra Cap. XIV. Hoc tempore transacto bonorum possessio amittitur. *L. 1. C. qui ad. ad bonor. pos. L. 1.* §. *quibus*; *D. de succ. ed.* Unde eveniet, ut si cui solum deferatur edicto prætoris bonorum possessio, quo fiat ut ea ad acquirendam hereditatem sit necessaria, tum, superiore tempore exacto, ipsa hereditas omnimodo amittatur. Quibus in caussis bonorum possessio necessaria sit heredi ad acquirendam hereditatem, dicetur suo ordine.

XXII. Summa jam sit hæc superioris conditionis: si mortuo eo de cujus bonis agitur, ejus hereditas delata sit heredi ab initio vel ex testamento, vel ab intestato, & delata necdum ei quæsita sit, eademque nec amissa vel repudiatione, vel morte, vel tempore: tum omni ex parte hereditatem delatam videri: quod superior conditio exigit.

CAP. V.

Etiam delatam hereditatem nec ei heredi acquiri, aut amitti posse, qui sibi delatam ignoret: & quam late hoc pateat. Hinc jus olim, ante apertas tabulas hereditatem adiri non posse: & quid in eo jure hodie sit immutatum. Et post hanc immutationem etiam nunc locum esse edicto, & titulo, Quemadmodum testamenta aperiantur. Sententia ejus exposita.

Secundam conditionem, ut delata hereditas acquiri possit, hanc esse, ut heres extraneus sciat, sibi delatam hereditatem. Dubitantes, & juris sui ignaros nec acquirere voluntate posse, nec repudiare. I.
Et si res omnes, quibus efficiatur, ut hereditas sit delata, concurrant, si tamen de his, aut de una aliqua incertus sit, aut dubitet heres, eum nec adire posse hereditatem, nec repudiare. Id, quo certius fieret, strictim auctor repetit ea, quibus effici dixerat, ut hereditas sit delata. II.
Inter priorem illam conditionem ut hereditas sit delata, *hancque secundam hoc interesse, quod illa sit omnium heredum communis, hæc propria extraneorum.* III.
Omnibus heredibus cum scriptis, tum legitimis necessaria ante quam adeant hereditatem apertura tabularum. IV.
Id ad suos non pertinere, sed ad extraneos. Immo ne ad hos quidem post constitutionem Justiniani, nisi si sint juris sui ignari. V. VI.
Si in duobus exemplaribus æque solemnibus scriptum sit testamentum, unum apertum esse sufficere. VII.
Si ejusdem testamenti unum sit exemplar authenticum, alterum exemplum, authenticum aperiri oportere. VIII.
Testamentum si apertum est, quo modo apertum sit ad rem nihil pertinere. IX.
Si sint clausæ tabulæ, & obsignatæ, quænam cautio ab herede, aliisque, quorum valere testamentum interest, adhibenda. Quod nam in ea re officium prætoris, quæve forma ab eo servanda traditur in L. cum ab initio, & trib. seqq. D. testam. quemad. aper. X.
Quibus nam, & quatenus prætor pollicetur, potestatem se facturum inspiciendi, discribendique testamenti tabulas. XI.
Si velit heres ita imposterum testamentum valere, ut fiat fides ejus perpetua, & certa, dandam ei esse operam, quod facere potest, ut publicetur. XII.
Publicare testamentum quid sit. XIII.

I. Non est satis ita delatam hereditatem esse, ut acquiri possit, altera conditio est, ut sciat heres extraneus sibi delatam. §. *item extraneus*, *Inst. de her. qual. & diff.* Ratio compehensa est regula juris: quia efficitur, in totum omnia,

quæ

quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera, & certa scientia perfici posse. *L. in totum, D. de regul. jur.* Hereditas autem extraneis heredibus animi destinatione acquiritur. *L. si avia, C. de jur. del. d. §. item extraneus, Instit. de her. qual. & diff.* Eadem igitur conditio erit, & in repudianda hereditate, ut nisi quis sciat sibi hereditatem delatam esse, non magis repudiare possit, quam voluntate acquirere. Nam & hæc contraria destinatione amittitur. *d. §. item extraneus, de her. qual.* Idque ipsum est, quod aliis verbis definitur in *L. in repudianda, D. de acq. her.* in repudianda hereditate, vel legato certum esse debere de suo jure eum, qui repudiat.

II. Quapropter ita definiemus: quibus rebus efficitur, ut nobis delata sit hereditas, etsi omnes concurrent, si tamen de his, aut de una aliqua incertus sit, aut dubitet heres: pariter eum hereditatem nec adire posse, nec repudiare. Id fiet certius propositis iis rebus, quibus contineri diximus, ut hereditas sit delata. Quæ cum varie, & sparsim disjectæ proponantur sub *Tit. de acq. her.* ad hunc ordinem redigi debent. Primum placet, mortuum esse debere eum, de cujus bonis agitur. Viventis hereditatem nec adiri, nec repudiari posse, utpote nondum delatam, quæ & nulla est. Dicimus etsi vere mortuus sit testator, si tamen putet heres, eum vivere, aut [1] dubitet utrum vivat, necne: idem juris futurum, ut nec adire possit hereditatem quamvis delatam: *L. heres institutus, D. de acq. her.* nec possit repudiare. *L. is qui heres, §. 1. D. eod.* scilicet quia hoc modo sibi delatam ignoravit. Mortuo testatore, diximus, deferri hereditatem testamento; sed justo. Proinde nec deferri, si testator ea conditione fuit, ut testamentum facere non posset, veluti si esset filiusfamilias. Faciamus, fuisse patremfamilias, & eum, qui conditione personæ testamentum facere potuerit. Si heres de conditione ejus dubitet, puta paterfamilias fuerit, an filiusfamilias; dicemus, heredem in hoc errore non magis quam adire posse, aut repudiare. *d. L. heres institutus, de acquir. hered.* Etiam ad justum testamentum pertinet, ut ne sit præteritus postumus, qui moriente testatore est in potestate ejus, licet sit adhuc in utero uxoris. Hinc placet, si sit præteritus venter, quandiu mulier prægnans est, aut putatur esse, proximum a postumo heredem hereditatem adire non posse: sic posse, si sciat non esse prægnantem. *L. cum quidam, §. 1. §. quod dicitur, seq. D. de acquir. hered.* Sed & justo testamento delata hereditate, si sub conditione delata sit, diximus pendente conditione vere nec [o] delatam esse, eoque nec interim adiri posse, aut repudiari. Sciemus, quamvis nulla sit conditio adscripta, aut quæ adscripta erat, exstiterit, si tamen putet heres conditionem adjectam, quæ nondum exstiterit; aut eam, quæ adjecta exstiterit, nondum exstitisse: rem in ea causa esse, ut interim adeundo, aut repudiando nihil agat. *d. L. heres institutus.* Eademque ratio est in iis hereditatibus, quæ sub conditione deferuntur ab intestato. Postremo diximus, non videri delatam hereditatem, quæ jam heredi quæsita est. Non dubium, quin hinc natum sit, quod Ulpianus scribit in *L. is qui putat, & L. & e contrario, seq. D. de acq. her.* si is heres, qui est voluntarius, se putet necessarium: puta si filius, qui non fuit in potestate morientis patris, se putet fuisse;

1) Item dubitans, an testamentum verum. Quare si falsum dicatur testamentum, quasi id alius inscio herede subjecerit, ipse heres, quia dubitat, adire nequit. Aliud est si ipse accusetur illius falsi. Tunc enim certus esse potest de innocentia sua: *L. 46. hoc. tit. de acq. hered.* ubi Cujac. 1. *ad Afric.* ostendit quis sit effectus. Si scilicet adierit priori casu, potest deinde repudiari dicendo: Quia adivit pendente cognitione falsi; posteriore nequit; sed creditoribus obligatus manet. Vid. & Duar. *hoc tit. Cap. 2. f. 437. & seq.* Forst. 2. *de Success.* 7.

o) Si tamen pure institutus, & putans, se sub conditione institutum, conditionem impleverit, vel ejus adventum expectaverit, & tum adit, nihil ei obest *d. L. 32. §. 1.* Cujac. *supr. d. loc.* P. Fab. *ad L. 76 de R. Jur.* quia non solent quæ abundant vitiare. Obst. *L. 21. §. ult. vers. quid tamen D. h. t.* Respondeo, Cujacius *d. lo.* inserta negatione legit, *non puto*, laudatus a Fac. 5. C. 96. ne obstet *L. 21. de cond. & dem.* & certissima juris ratio *L. 23. h. t.* Correctio non necessaria, si quod omnino appareat, *d. §. ult.* accipimus de eo, qui putat, se pure institutum, & ignorat id evenisse, quod in ea conditione est, quam adjectam non putavit. Pone. Mævius institutus sub conditione: *si Titius consul factus.* Conditio evenit. Mævius adit, ignarus conditionis, putans, se pure scriptum. Nihil his video quod remorari possit aditionem, aut quod firmam voluntatem habendæ hereditatis impediat. Non hic animi pendet, non de jure suo dubius est (uti in contrario casu quando qui pure institutus, putat, conditionem adjectam, nec eam impletam *d. L. 32. §. 1.*) Putat enim Donellus se posse statim noscisci hereditatem, & vult statim habere. Neque hæc illius voluntas facultate destituitur. Immo concurrit potestas. Licet enim vere fuerit sub conditione scriptus, tamen postquam ea evenit, perinde est ac si pure fuerit institutio. Et lectionem tam affirmativam exposcunt verba seqq. *quemadmodum si ignoret, &c.* & species præcedens *ejusd. §. ult.* Nam quod ibi habetur de eo, qui partem institutionis ignorat, non generale est; ne aperte obstet *L. 75. h. t.* & juris ratio; sed speciale in casu, quo is, qui se putat ex asse scriptum, coheredem habet, cui substitutus est, & conditio substitutionis (repudiatio coheredis) exstitit. Post existentiam enim illius utraque pars ei defertur, & adeundo utramque consequi potest. Quo planius pluribus exponere possem, nisi brevitati studerem. In verbis igitur *quemadmodum si ignoret*, comparantur hi casus, & æqualiter determinantur: Quo quis conditionem aliam, & quo substitutionis conditionem ignorat evenisse, si videlicet utroque casu vere evenit, & utroque se in solidum heredem esse credat. Et ita videtur.

se; hunc voluntarium exsistere non posse: idest, non posse voluntate adeundo heredem fieri: & contra non posse eum repudiare. Cur ergo emancipatus filius id facere non possit, cum re vera fuerit extraneus, eoque & voluntarius; cum præterea fuerit ei delata hereditas, & ipse is, qui hereditatem adeundo se obligare potuerit æri alieno? Non aliud obstaru reperietur, quam quod in hoc errore non putavit sibi delatam hereditatem. Nam si necessarius est heres, ut putat, statim ei quæsita est hereditas, idque *necessarii* verbum significat, si quæsita, jam amplius non est delata; quia delata est, quam quis potest adeundo consequi. *d. L. delata, de verb. sign.* Apparet igitur & hoc omnino ad superiorem conditionem referri.

III. Notandum, inter hanc conditionem, & priorem ad rationem quærendæ hereditatis hoc interesse, quod prior illa, ut hereditas delata sit, communis est omnium heredum, ut supra attigi, tam necessariorum, quam extraneorum. Nam nec suis heredibus acquiritur hereditas, nisi delata ex testamento, aut ab intestato. Posterior autem hæc secunda solum propria est heredum extraneorum. Necessariis, & suis heredibus delata hereditas, eodem tempore acquiritur, quo defertur, etiam si sibi delatam ignorent. Acquiritur enim suis heredibus ipso jure, & quidem invitis. Multo magis ignorantibus. §. *sui. Inst. de hered. qualit. & differ.* §. *sui Inst. de her. quæ ab int.* Unde præterito ventre, filius suus heres testamento scriptus, etsi putet mulierem prægnantem, quæ non est prægnans, nihilominus ex asse heres erit. *L. cum quidam*, §. *suum. D. de acq. her.* Cui ergo voluntate, & destinatione animi ad hereditatem acquirendam opus non est, huic non est necessaria juris sui scientia, quæ propter destinationem animi solum exigitur. Quorum prius cum contra eveniat in extraneis heredibus, non mirum, si in his exigitur & posterius.

IV. Hoc jure posito, consequens fuit, ut si quis testamento scriptus sit heres, huic prius quam adeat hereditatem, necesse sit ante omnia aperiri testamentum, & inspici: sine quo sciri non possit, utrum heres institutus sit, necne: utrum pure, an sub conditione: & si sub conditione, quæ sit conditio, ut sciat utrum conditio exstiterit, an non exstiterit: ac sine his hereditas non defertur. Eademque cognitio necessaria est legitimis heredibus: quibus non prius defertur hereditas ab intestato, quam certum esse cœperit, neminem ex testamento heredem esse. *L. quandiu potest*, *L. in plurium*, *D. de acq. hered.* Hinc nata regula juris antiqui, quæ plane ad hunc locum pertinet, ante apertas tabulas hereditatem adiri non posse. Quæ regula refertur in *L. unica*, §. *cum igitur*, §. *in novissimo. C. de cad. tol.* ejusque impedimenti vestigia multis in locis in libris nostris concurrunt, ut *L.* 3. *C. de jur. del. L.* 3. §. *ult. D. de sen. Sil. L.* 3. §. *ult. D. de her. instit.* inter cætera id, quod placebat ante apertas tabulas hereditatem non transmitti etiam temporibus Theodosii, nisi in liberos, Tit. *C. de his qui ante aper. tab. her. trans.* Quod quidem non alia ex re eveniebat, quam quod certi juris erat, hereditatem non aditam non transmitti ad heredes; regula autem superior faciebat, ne ante apertas tabulas posset adiri. Valuit hæc regula in hereditate. In bonorum possessione non fuit opus, aperiri tabulas, ut bonorum possessio secundum tabulas agnosceretur. *L.* 1. §. *sufficit. D. de bo. pos. sec. tab.* Id edicti verba faciebant: quibus dubitabatur hæc bonorum possessio solum hac conditione, si testamentum septem testium signis signatum esset, & testator defunctus, idemque civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuisset, §. *non tamen. Inst. quib. mod. test. in. fi.*

V. Ut autem sciamus regulam in hereditate hinc natam, quod ante apertas tabulas non videretur, heres certus esse posse de jure suo, quod totum illi ex testamento defertur: regula de extraneis heredibus tantum concepta est, in quibus necessaria est scientia juris sui. Ad suos heredes non pertinuit: de quibus aliis locis traditum est, eos etiam clausis tabulis heredes exsistere potuisse. *L.* 3. *C. de jur. del.* Scilicet quia in his non desideraretur ista juris sui scientia: ad eam autem solam comparata esset apertura tabularum. Idque est quod dicitur in *L.* 3. §. *ult. D. de her. inst.* his verbis: *aperturæ tabularum dilatio necessarii heredis jus non mutat*: id est, non facit, quominus, qui, apertis tabulis, heres exsistere potest, delata sibi hereditate, possit exsistere, & nondum apertis, quamvis differatur ea apertura: utpote qui & scientes, & ignorantes se heredes esse juxta heredes exsistant. *d.* §. *sui*, 2. *Inst. de her. quæ ab int.* Verum hæc regula etiam in extraneis heredibus postea sublata est a Justiniano in *d. L. unica.* §. *in novissimo*, *C. de cad. tol.* Ubi nominatim cavet, etiam clausis tabulis tam exsistere heredes, quam adire posse, sive ex parte sint,

sint, sive ex asse instituti. Quod tamen sic accipiemus, si heredi udituro nihil aliud obstet, quam dilatio aperturæ tabularum. Quam aperturam veteres ita exigebant, ut quamvis aliunde scire posset heres, se heredem esse, tamen clausis tabulis adire hereditatem non posset. Cæterum si clausis tabulis ignarus erit juris sui; etiam nunc hereditatem adire non poterit: non quia tabulæ non sint apertæ: sed quia his non apertis, & cognitis, ignoret, an sit heres: jus autem exigat, ut qui adire vult, certus sit sibi hereditatem esse delatam. Hnc cum jam olim semper desideratum sit in herede, sitque juris certi, necesse est, nunc quoque manere, nisi mutatum fuerit. *L. præcipimus in fi. C. de app.* Non est autem ideo mutatum in hac parte, quia Justinianus constituerit, ut ante apertas tabulas hereditas adiri possit. Nihil enim prohibet, quominus clausis tabulis adeatur hereditas, & tamen heres sciat, se heredem esse, quod alia parte juris exigitur. Quid enim si testator curavit recitandum testamentum suum coram testibus testamentariis, in quo Lucius Titius instituebatur heres, & Titius interfuerit, aut postea a testibus ipsis acceperit?

VI. Hæc res facit, ut si heres non interfuit ipse supremæ testationi, nec quicquam de voluntate suprema aliunde cognovit; hic nunc quoque maneat eadem necessitas tabulas testamenti aperiendi, quo de jure suo cognoscere possit, & certus juris sui hereditatem adire.

VII. Qua necessitate posita, fiet hic quoque locus edicto, & titulo: *Quemadmodum testamenta aperiantur D.* ut quæratur, quas tabulas testamenti apertas esse oporteat, quomodo aperiendæ sint, tum quibus desiderantibus; quæ summa est ejus Tituli. De quibus sic breviter habendum est. Si in duobus exemplaribus æque solemnibus scriptum sit testamentum, unum apertum esse sufficit. Hoc enim aperto, semper verum est, apertum esse testamentum: cum in utroque nihil nisi unum testamentum fuerit. *L. si in duobus, in pr. D. test. quem ap.*

VIII. Si ejusdem testamenti unum sit exemplar authenticum, alterum exemplum: authenticum aperiri oportet: exemplo aperto, nihil agitur. *L. ult. eod.* Exempla enim non faciunt fidem: eoque nec certitudinem juris sui heredi afferunt. *L. 2. D. de fid. inst.*

IX. Testamentum si apertum est, quomodo apertum sit, ad rem nihil pertinet. Etsi sua natura tabulæ patefactæ sint, apertum videri testamentum non dubitatur. *d. L. si in duobus, §. 1. eod.*

X. Si sint clausæ tabulæ, & obsignatæ; cautio est heredis, & omnibus, quorum interest valere testamentum, ne aperiatur testamentum, nisi [3] auctore magistratu: quoniam in aperiendo signa revelli oportet: quibus remotis, testamentum fidem non faciet, nisi amotio auctoritate publica confirmetur. Hic cum sunt aperiendæ tabulæ, quod sit officium prætoris, & quæ forma ab eo servanda, traditur in *l. cum ab initio*, & tribus seqq. *D. eod.*

XI. Ad testamentum ita aperiendum, inspiciendumque eo edicto consultum est ita omnibus, ad quos ea res pertinere dicetur, ut omnibus quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, polliceatur prætor, se facturum inspiciendi, describendique potestatem. *L. 1. eod.* Omnibus tamen, quorum aliquo modo interesse dicetur, jurantibus, non calumniæ caussa se id postulare. *L. 2. in pr. D. eod. L. 3. C. eod.* Idque adversus eum, qui tabulas testamenti apud se esse non negabit. *L. 2. §. ult. D. eod.* Hoc prætor pollicetur omnibus; quia testamentum publicum quodammodo instrumentum est. *L. 2. in pr. eod.* & si id ad hanc quoque partem traducendum est, publice interest, suprema hominum judicia exitum habere. *L. vel negare, ibidem.* Unde ne illud quidem interest, utrum testamentum, quod esse dicitur, valeat, necne. *L. 2. §. 1. eod.* Excepit prætor diem, & Consulem: id est, diem, & annum; item si quid aperiri testator vetuit; vel si ad ignominiam alicujus pertinere dicitur. Quorum inspiciendorum, multoque magis describendorum potestatem denegat. *L. 3. C. eod.* Et valent hæc ad præsentem fidem faciendam, quam ex testamento quærimus.

XII. Quod si volet heres in posterum ita testamentum valere, ut fiat fides ejus perpetua, & certa: est in ejus potestate id consequi. Quod ita fiat si dat operam, ut

3) Est enim hic actus solemnis, & legitimus: de quo vid. P. Fab. 2. *Sem.* 28. *pag.* 346. *& seq.* & de solemnibus hujus aperturæ notat Goth. *ad L. 2. C. Quemad. test. oper.* Donnoter *ad L. 2. C. de test.* De magistratibus apud quos aperitur vid. *L. 2. 3 C. de test.* Coguntur hic qui signarunt signa recognoscere *L. 4. d. t.* Quid si illi mortui? Vigl. *in §. 7. I. de test. n 9.* & Duar. *ad d. 1. D. test. quem. aper. C. 4.* & pluribus A. Fab. 67. *de Err. Prag.* 3. *& 2. seqq.* testamenta inde non concidere, contra DD. vulgo: quia possunt sigilla ab aliis recognosci, liqua nota esse.

ut [4] publicetur testameotum. Pobliesti semel testamenti fides ea est, de qua comprehensum est rescripto Alexandri in *L.* 2. *C. de testa.* iu hæc verba, ut *quamvis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu, qui probatur, interciderit, nihilominus valeat.*

XIII. Est autem publiesre id, quod pluribus verbis dieitur in *L. ult. C. de re jud.* transferre in publiea monumenta. Quæ ibidem dieuntur ideo habere perpetuam lirmitatem. Quia non debeat eventu perire publica lides. Si notius aliquid volumus, & sptius ad usum oostrorum temporum, publicare testamentum est, insinosre, & tradere actis publicis, quo modo posteriores Imperatores loqui cœperunt. Unde iosinustiones donatiooum, quæ dicuntur, quæ eædem linnt ad publicam, & perpetuam fidem. In donationibus, ait Zeno, quæ aetis insinuantur, noo est necessrium vicinos, vel alios testes adhibere. *Nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant.* L. in donstionibus, *C. de donat.* Hæc illa est testamenti insiuuatio curata sumptibus heredis, cujus mentio est in *L. ult. §. in computatione. C. de jure delib.*

4) Vid. *L.* 2. *L.* 18. & 20. C. *de test.* Reservantur autem ibi tabulæ testamenti, ubi insinuatæ, nec alio transferendæ d. *L.* 18. Non probo quod Cont. 2. *Sub. ae. lect.* 16. pro *reserventur* reponit *reserventur per L.* 3. *C. Th. de Testam. Li.* 4. *Tit.* 4. & quia testamenta constet servari solita apud privatos ex Tit. *D. Test. quem. ap. & Tit. de tab. exhib.* Nam loquitur *d. L.* 18. de reservatione post publicationem, sive actorum iosinuationem: & hoc verbum *reserventur*, exigit sequens vox *translationis*, reservationi opposita. Non probo quod idem posterius membrum *d. L.* 18. correctum putat per *L.* 23. *C. eod.* Hodie, inquit Contius, *d. Cap.* 16. n. 2. irrita ex hac causa voluntas defuncti, sed pœna 50. librarum auri in temeratores legis statuta *d. L.* 23. & recte. Pœna enim in eos potius convertenda, qui deliquerunt. Mortuis autem nihil est, quod imputari possit. At, inquam ego: Non est eorum verborum *d. L.* 18. *irritam mortuorum videri faciet voluntatem*, is sensus, quem Contius fingit. Qood Imperatores voluerint eo facto considera extremum elogium; qui si esset, non video quid absurdius in mentem Imperatoris venire potuisset: sed hic; quod mutans morem fidelissimæ vetustatis pro eo habendus, & puniendus videatur, qui supremas testationes irritare nitatur, & contendat. De requisitis hujus publicationis vid. Io. Denth. *ad L.* 2. 18. & 23. conjunctas C. *de testam.*

CAP. VI.

Nec pupillum sine tutoris auctoritate, nec eos qui in curatione sunt, sine auctoritate curatorum, nec servum sine domini jussu, nec filiumfamilias contemplatione patris institutum sine jussu patris, hereditatem etiam quam sibi delatam sciant, adeundo acquirere posse, aut repudiando amittere; dum priores se per se obligare non possunt: posteriores non possunt eos, quibus acquirunt. In diversa caussa hodie esse filiumfamilias non contemplatione patris institutum. Qui per se hereditatem acquirere possunt re vera, si se putent unum aliquem esse ex superioribus, non ideo hoc errore impediri, quominus adeundo acquirant, & repudiando amittant.

Tertiam conditionem ad acquirendam hereditatem esse, ut possit heres adeundo eum obligare, cui illam quæsiturus est. I.
Declarari id in duobus generalibus heredum. II.
Neque pupillum sine tutoris auctoritate, nec puberem curatorem habentem sine ejus assensu adire posse hereditatem. III.
Servus, & filiusfamilias sine jussu domini, ac patris hereditatem adeundo, nihil agunt. IV.
Utriusque jussum præcedere debere; ni præcesserit, neutrius ratihabitione suppleri posse. Quare. V.
Quod in aditione, idem in eorum repudiatione valere. VI.
Manere jus hoc antiquum in hereditate delata filio contemplatione patris. Secus in adventitia; & quid de hac constituerit Justinianus. VII.
Quid si quis filiumfamilias se putet, cum sit sui juris; pupillum, cum sit pubes. VIII.
Quare heres, qui de conditione testatoris dubitat, an fuerit filiusfamilias, non possit hereditatem ex testamento adire. IX.

I. UT delata sit hereditas, & heres sibi delatam sciat; nondum tamen statim semper hereditatem acquirere potest, aut repudiare. Tertia conditio erat ad acquirendum, quam proposuimus, ut possit heres adeundo obligare eum, cui here-

hereditatem quæsiturus est. Hoc si non potest, ne hereditatem quidem adeundo acquiret, aut repudiando amittet. Sumitur hæc conditio ex natura hereditatis. Non enim potest cuiquam acquiri hereditas, nisi simul is obligetur æri alieno. Proprium hoc ita est hereditatis, ut non possit ab ea separare. *L. more*, *D. de acq. her. L.* 2. *L. ult. C. de her. act.* Proinde si quis facto suo æri alieno obligari non potest, aut alium obligare, is neque sibi, neque alii hereditatem quærere potest.

II. Declaratur hoc in duobus generibus heredum. Unum est eorum, qui sub tutela, vel cura sunt. Alterum eorum, qui sunt in alterius potestate.

III. Prioris generis est inter alios pupillus. Hic sive testamento scriptus sit heres, sive ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus; etsi id ætatis sit, ut intelligat, quæ aguntur, & sciat se heredem; tamen hereditatem per se adire [1] non potest: sed tutoris auctoritate illi ad eam rem est opus. §. *neque tamen*, *Inst. de auctor. tut.* Perspicuum est eo fieri, quod cum superiora duo concurrant, deest illi aliquid tertium, quod necesse sit intervenire ad hereditatem acquirendam. Id autem esse reperietur, quod in hac conditione posuimus, quod cum hereditas obliget nos æri alieno, pupillus sibi acquirendo ipse se obligare non potest sine auctoritate tutoris. *L. obligari*, *D. de auct. tut.* Quod si acquirere hoc modo hereditatem non potest, fit, ut nec possit sine tutore auctore repudiare. *L. pupillorum*, *C. de rep her.* In eodem ergo numero cum pupillo erunt puberes curatorem habentes. Ut hi delata hereditate quamvis sibi delatam sciant, tamen sine curatoris auctoritate [2] frustra hereditatem aut adeant, aut repudient: quoniam in obligatione contrahenda nihil distant a prodigis. *L.* 3. *C. de int. rest. mi.* hos autem sine curatoris auctoritate obligari non posse constat. *L. is cui bonis*, *D. de verb. oblig.* Quapropter & hi in eadem causa erunt.

IV. Posterioris generis sunt servus, & filiusfamilias. Propone hos testamento extranei esse heredes scriptos. Servum & olim per se adire hereditatem non potuisse semper constitit, & nunc constat: sed jussum domini præcedere debere. De filiofamilias etiam idem placebat, ut nec is posset adire sine jussu patris. Idque & de his dictum est, qui instituti essent, & scirent se ad hereditatem vocatus. *L. acquiruntur*, §. 1. *D. de acquir. rer. do. L. si quis mihi bona*, §. *jussum*, *D. de acq. her.* Quid obstat igitur, quominus recte adeant ex suprascriptis conditionibus? Hoc ipsum, quod in superiore conditione posui, quod non possunt acquirendo obligare eum, cui acquirunt. Non enim sibi acquirit servus, sed domino. Nec filiusfamilias jure vetere acquirebat sibi, sed patri. *L. placet*, *D. de acquir. her. L.* 1. *D. si a par. quis fuer. man.* Alium porro invitum obligare nemo potest: *L.* 3. *C. ne ux. pro ma. L. solvendo*, *D. de neg. gest.* multo minus servus dominum, aut filius patrem, quorum commodis potius isti servire debuerunt. *L.* 1. & tot. Tit. *C. ne fil. pro pat.* Quo fit, ut hereditatem sibi delatam ignorantibus domino, aut patre acquirere non possint, ne hereditate his quæsita, eos æri alieno obligent; ratio reddita in *L.* 6. *D. de acq. her.*

V. Notandum jussum domini, & patris sic in hac acquisitione intervenire debere, ut [3] præcedere oporteat. Nisi præcesserit; adeo nihil egisse servi, aut [4] filii aditionem, ut nec ratihabitione domi-ni,

1) Vid. *supr. Lib.* 3. *Cap.* 13 *N.* 2. & *ibi not.* & *inf. Cap.* 9. At, dices, cur non in hereditate, (ut in contractibus utrinque obligatoriis, *pr. I. J. de act. tut.*) aveuit, ut obliget quidem sibi creditores hereditarios pupillus adeundo, non obligetur debitoribus. Resp. & quia hereditas individua est, atque in universum jus successio, nec possunt ad alium onera spectare. Bellon. 3. *Supput.* 2. *n.* 5. ideoque exemplum contractuum hic sequi non licet, quorum causa dividi potest. Boldain. *in d.* §. 2. *I. de auct. tut. n.* 9. & quia id non fieret sine insigni creditorum injuria, quibus nihil (uti illic contrahentibus) imputari potest. Jo. a Roberter. *Lib.* 3. *Disput. Themate* 8.

2) Ita & Rob. 1. *Animadv.* 12. *per L.* 26. *Cod. de adm. tut.* ibi: *consensum ad adeunda hereditate præstare adulto*; & Gard. *in L.* 21. *de V. S. n.* 14. *per L.* 1. *C. si tut. vel curat. interven.* Contra Cuj. *in L.* 101. *de V. O.* & 1. *not. Merc.* 12. *per L.* 17. §. 1. *de opp.* Ubi curatoris auctoritas inutilis ad adeundam hereditatem, quia, inquit idem 4. *ad Afric. in L.* 49. *h. t.* aditio animi, & consilii potius est, quam facti; Curator autem ea sequitur, quæ sunt facti, & *d. C.* 12. aditionem esse actum legitimum, & per curatorem expediri non posse. Sed ei occurrit Rob. 2. *not.* 22. Pendet hæc quæstio ex illo, an minor se obligare possit, sine curatoris auctoritate, de quo vid. *infr. L.* 12. *Cap.* 22.

3) At filiusfamilias se obligare potest *L.* 39. *de O. & A.* Ergo sibi acquiret. Resp. Duar. *h. t. C.* 4. Sed nihil suum habere potest jure veteri. Nec hereditas dividi potest ut apud patrem sint commoda, ac ei res hereditariæ acquirantur, apud filium onera obligationum.

4) Casus tamen aliquos, quibus non necessarius jussus patris, recenset Duar. *h. t. C.* 4. Nam 1. Potest pater, filio consentiente, ipse adeundo (quod tamen non admittit P. Fab. 2. *Sem.* 22.) vel pro herede gerendo sibi acquirere *L.* 6. *C. de I. delib.* (& hic nec jussus patris nec aditio filii necessaria) 2. casus: si pater diu possedit hereditatem *L.* 6. §. *h.* 1. (Sed ibi præsumitur jussus intervenisse ex temporis diuturnitate: & quod ibi dicitur, admisisse heredem, intelligendum de filio, qui licet non solemni ritu adierit, agnovit tamen hereditatem, dum scivit, & passus est, illam a patre detineri, nec contra protestatus est: P. Fab. 2. *Sem.* 22. *p.* 318.) 3. Si filius sit heres necessarius *L.* 8. §. 5. *h. t.* 4. Si pater furiosus *L.* 52. *h.* ubi filius interim sibi acquirit; sed si pater resipiscat ex eo tempore patri acquiritur. si adi-

ni, vel patris postea secuta confirmetur. *d. L. si quis mihi bona*, §. *jussum*, *de acq. here*. In bonorum possessione contra observatur. Placuit, hanc citra voluntatem superiorum agnitam, ratam haberi possessionem. *d. L.* 6. *in princ. de acq. her. L.* 3. §. *acquirere*, *D. de bon. poss.* [5] Puto ideo, quod adire hereditatem, sit animo acquirere, vel potius ad quæsitam jam animo hereditatem accedere, ut verbum significat, de quo postea. Quod si jussu superiorum non præcedente, nulla hæc præsens acquisitio esse potest; nec potest ulla esse aditio, quæ hanc acquisitionem in se habet. Neque porro id quod non est, dici potest, eventu confirmari. At honorum possessionis petitio, & datio in facto tantum consistit petentis, & magistratus dantis, non in juris acquisitione ulla. Non mirum igitur, si quod in his vere præcessit, possit confirmari postea ejus, ad quem bonorum possessio pertinet, ratihabitione.

VI. Si hæc in aditione servi, & filiifamilias ita sunt; valebunt & in horum repudiatione. Sequitur igitur de repudiatione eorum id quod est in *L. is qui heres*, §. *ult. D. eod.* ut ne filiusfamilias repudiando sine patre, quidquam ei noceat. Nam quod illic traditur, patrem sine filio repudiare non posse, hanc rationem habet, quod filio heredi instituto hereditas patri judicio defuncti non defertur. *L. qui liberis*, §. *ult. D. de vulg.*

VII. Sed hoc jus ita olim fuit in hereditate filiofamilias aliunde delata. Nunc non item, ut est constitutio Justiniani de adventicia hereditate. Is in *L. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.* sic constituit: ai pater filio hereditatem delatam adituro consentire nolit, licere filio hereditatem adire, & sibi acquirere. Quod nihil aliud est, quam filiumfamilias posse adire invito patre. Si potest invito, multo magis [6] ignorante. *L. qui potest invitis*. *D. de acq. her.* Non recte hoc colligeretur in hac specie, si ignoranti patri postea admonito, & consentienti hereditas posset acquiri. Diceremus enim expectandum esse, dum admoneretur, ut sciremus num vellet obligari. Nunc autem quamvis postea consentiat, non magis ei acquiritur hereditas, quam invito. Acquiritur enim ei solum usus fructus, *d. L. ult.* §. *ubi autem in unum*. *C. de bon. quæ lib.* Ususfructus alienus non facit, quominus res omnes, & actiones hereditariæ totæ sint filii, non patris. *L. recte D. de verbor. significat.* Exercet quidem actiones pater. *d.* §. *ubi autem.* Sed alienas, non suas. Postremo frustra requiritur in hanc aditione voluntas patris, cujus nec contradictio, nec consensus nocet, quominus hereditas filio acquiratur, patri autem ut obligetur invitus, multo minus, *arg. in L. si quis ita* 33. *D. de her. inst.* Quamobrem & ignorante patre eamdem hereditatem recte repudiabit. *L. is potest. D. eod.* Nec periculum erit, ne repudiando patri noceat; quod periculum metuitur in *d. L. is qui heres*, §. *ult. eod.* quoniam recusante filio hereditatem adire, fit eadem constitutione [7] potestas patri eamdem illam hereditatem adeundi. *d. L. ult.* §. 1. *C. de bo. quæ lib.* Manebit tamen etiam nunc jus antiquum in hereditate, quæ filiofamilias delata sit contemplatione patris. Nam hæc putatur esse profecticia. *L. profecticia. D. de jur. dot. L. sed si plures*, §. *in arrogato. D. de vulg.* Bona autem profecticia, ut olim, sic nunc quoque patri acquiruntur. §. 1. *Instit. per quas per. L. cum oportet*, *in pr. C. de bo. quæ lib.*

VIII. Ex hac conditione istarum personarum nata est hæc dubitatio. Postquam enim pupillus hereditatem adire non potest sine tutoris auctoritate; filiusfamilias sine jussu patris; quid fiet, si quis jam pupillus non sit, sed tamen se pupillum putet. Filius sit sui juris, sed se putet filium familias: an non magis poterunt isti adire in hoc errore, quam si vere essent, illi pupillus, hic filiusfamilias? Monet, quod cum exigitur, ut sit alicui delata hereditas, simul exigitur, ut dela-

si aditionem comprobat *L. ul.* §. *pe. & ul. Quis ordo in bo. poss. serv.* Secus est si pater absens sit. Tunc enim filius adire non potest: sed ex causa datur restitutio in integrum, & sic accipienda *L.* 30. *pr. h. t.* (ubi, ut hoc obiter) nulla necessitas permovit Hot. 7. *Obs.* 20. pro *consulibus* reponere, *consulentibus*. A Consulibus enim quæsitus ibi D. Pius an ex ea causa indulgenda sit restitutio) 5. In hereditate adventitia jure novo. 6. In Castrensi hereditate si miles a commilitone instituatur *L.* 5. *de castr. pecul.* (de quo & Bocer. *Lib.* 1. *de I. belli C.* alt.) Hæc, quæ scilicet extra parentheses, ex Duar.

5) Bellon. 3. *Suppat.* 3. n. 2. rationem concludentem dari non posse. Et confugit *ad L.* 20. *de LL.* (miserorum perfugium) non id factum scribens ex juris necessitate, sed pro voluntate, quia sic placuit, per verb. *placuit* in *d. L.* 6. §. 1. *h. t.* Sed Donelli ratio expeditissima. Aliter Goth. *in not. d. L.* 1. *C. Qui admitti.*

6) Ita & Ghoth. *in not. L.* 6. §. 1. *h. t.* Diss. Duar. *h. t. C.* 4. volens, rogari prius, & admoneri patrem debere.

7) Et sic discrimen in eo est, inter servum, & filiumfamilias. Nam servus potest quidem cogi a domino ut adeat: sed si omnino nolit, eaque sit obstinatione, ut minis quidem nullis adduci possit, domino hereditas non acquiretur per *L.* 21. *C. de I. delib.* Vigl. in §. 1. vers. *alienus quoque serv. I. de her. inst. n.* 4. Duar. *h. t. C.* 4. Quid de monacho? Filio comparandus. Nec potest non esse audiens jussui, contra professionem obedientiæ. Monasterium itaque, si is recuset, adire potest. Vigl. *d. lo. n.* 5. Diss. Govean. *ad Rubr. D. de Vulg. n.* 21. vid. de eo varie distinguens Alex. Trentacinq. *de Subtil. P.* 1. *C.* 7. *n.* 3. *& seq.*

delatam sciat: & error in eo non minus nocet heredi, quam si, ut putat, delata non esset. Par igitur videtur, ut cum in conditione heredis exigimus, ut sit pubes, & sui juris: scire quoque debeat, hæc ita se habere: si de his dubitet, non possit adire. Sed hoc in conditione ista heredum non placuit. Qui pubes est, quamvis falso se existimet pupillum, quoniam adeundo heres exsistat, nihil talis error impedit. *L. qui se pupillum, D. de acq. her.* Similiter & filius, qui sui juris est, quamvis dubitet, an sit adhuc in potestate, nihilominus adeundo hereditatem acquiret. *L. sed & si de sua, D. de acq. hered.* Et recte. Multum enim interest in rebus ad acquirendam hereditatem pertinentibus, utrum quid exigatur ad jus heredis; an vero ideo, ne aditio ipsi adeunti, aut repudiatio repudianti noceat. Ad jus heredis pertinet, ut hereditas illi sit delata testamento, aut ab intestato: sine qua heres fieri non potest, etiam si millies aliorum auctoritas, aut jussus accesserit. Hoc quidquid est, quo illi defertur, scire debet ita esse: alioqui de jure suo dubitet. Nunc autem qui destinatione animi hereditatem acquirit, de jure suo certus esse debet. *L. in repudianda, D. de acq. her. L. in totum, de reg. jur.* At utrum heres sit pupillus, an pubes; filiusfamilias, an sui juris, ad jus heredis nihil interest. Pupillo heredi instituto tam defertur hereditas, quam si esset pubes; & filiofamilias instituto, tam defertur judicio defuncti, quam si esset sui juris. Proinde quamvis de hac conditione dubitet, non ideo de jure suo dubitat, dum sciat cætera, quæ ad jus delatæ hereditatis pertinent, puta justo testamento delatam, aut ab intestato. Ut heredem de jure suo certum esse volumus in acquirenda, aut repudianda hereditate: ita dum de eo sit certus, aliarum rerum scientia, aut certitudo ab illo non exigitur. Cur ergo si pupillo, & filiofamilias plane delata est hereditas jure, exigimus amplius ad acquirendam hereditatem in pupillo, ut interveniat auctoritas tutoris, in filiofamilias ut præcedat patris jussus? Non sane quia necessarium sit alterutrum ad jus heredis, aut hereditatis acquirendæ; sed ne superioribus aliter adeuntibus, in pupillo quidem, ipsi aditio noceat; in filio autem familias, noceat patri. Ut merito tertium hoc quod exigimus ad acquirendam hereditatem, ut scilicet possit heres obligare eum, cui acquisiturus est, a jure hereditatis delatæ distinxerimus. Alioqui etiam hujus potestatis certitudinem similiter ab herede exigeremus.

IX. Hinc potest intelligi, cur heres qui de conditione testatoris dubitat, an fuerit filiusfamilias, non possit hereditatem ex testamento adire: qui autem dubitat de sua, an ipse sit filiusfamilias, necne possit. *L. heres institutus, L. sed etsi de sua, D. de acquirend. hered.* Quippe illic, inquit Ulpianus, dubitat, an valeat testamentum: hic de testamento certus est. *d. L. sed etsi de sua.* Id est, illic dubitat, an hereditas testamento sit delata. Hic non dubitat, quin sit delata; & scit, se patri invito nocere non posse hereditatem acquirendo. Sed & heres ipse potest quandoque de conditione sua dubitare, ut non magis acquirere possit hereditatem in hoc errore, quam si dubitaret de conditione testatoris, & de viribus testamenti. Ut, si filius qui in potestate morientis patris non fuit, eoque est heres voluntarius, putet, se fuisse in potestate, eoque & se esse necessarium. Placet, eum nec adire posse hereditatem, nec repudiare. *d. L. is qui putat, L. & e contrario, seq. D. de acquirend. hered.* At quamobrem? Quia in hoc errore non putat, sibi delatam eam hereditatem, quæ opinione ejus jam illi quæsita est, ut supra ostendimus. Interest ergo, utrum filius mortuo patre putet, se fuisse filiumfamilias patre vivo, & de hereditate patris agatur: an vero vivo patre ab alio scriptus heres putet, se non fuisse, sed nunc esse filiumfamilias. Prius qui putat, putat non esse sibi delatam hereditatem, ut dixi. Unde nec acquirere potest. Posterius qui existimat, jam ostendi, non [8] ideo existimare, eam sibi non delatam. Quæ res facit e contrario, ut quominus adeundo sibi acquirat, nihil hic error sit impedimento.

CAP.

8) P. Fab. *ad L. 76. de R. I.* hac dubitatione non æque, ut illa destinationem animi impediri. Sufficere namque quod sit hereditas, quæ adiri possit, quam quis velit acquirere, eamque esse non dubitet.

CAP. VII.

Hereditatem, quæ in ea caussa sit, ut acquiri possit, repudiatione amitti. Quibus ex rebus deprehendatur repudiatio. Tum quam vim habeat, quod dicitur, hereditatem hoc modo amitti.

Cur hic de repudianda hereditate, non de acquirenda disserat Auctor. I.
Eam repudiari duobus modis. II.
Silentio; & quænam silentii vis. Repudiare quid sit. III.
Item expresse variis modis. IV.
Verbis. V.
Item scripto, & nutu. VI.
Item re & facto. Facta eamdem voluntatem indicantia duo occurrere. VII.
Utrumque proponitur. VIII. IX.
Effectus repudiationis est, hereditatis, idest spei ejus obtinendæ amissio. Semel repudiatam, acquiri amplius non posse. X.
Hujus regulæ una exceptio ex jure civili. XI.
Exceptio altera in minoribus. XII.
Jus idem cum in hereditate, tum in bonorum possessione valere. XIII.

I. CUm in ea caussa erit hereditas, ut voluntate acquiri, & contraria voluntate amitti possit; quod fit, cum superiores conditiones concurrent: tum heres, re provisa, utiliter, & tuto voluntate sua accedet ad statuendum de hereditate cum ad acquirendum, tum ad amittendum. Itaque utrum horum facere statuet, hoc solum superent in eo, ut videndum sit, quomodo utrumque consequatur: idest, & quomodo acquiratur, & quomodo repellatur hereditas. Etsi autem acquisitio hereditatis dignitate prior est, quoniam in hac sunt commoda hereditatis, quæ quærimus: repudiatio autem magis per occasionem acquisitionis introducitur, dum id agitur, ne adeundo temere subeamus hereditatem damnosam: tamen quoniam de acquirenda hereditate potissimum quæritur, & de eo instituta oratio est, recte facturi videmur, si prius dixerimus de omittenda, & repudianda hereditate, deinde de acquirenda: ut, cæteris transactis, oratio desinat in acquisitionem, idest, in id, quod præcipuum, & summum est in hac quæstione.

II. Ergo heres aut nolet esse heres, aut volet esse. Ut ne sit heres, seu ut ei amittatur hereditas, dixi supra Cap. IV. tribus rebus effici, [a] repudiatione, morte, tempore. Sed posteriora duo valent etiam adversus invitos: nunc quid voluntate heredis in hac re fiat, quærimus. Ne quis sit voluntate sua heres, duobus modis consequitur; silentio, & aperta repudiatione.

III. Silentio, [b] si nequo hereditatem agnoscat, neque aperte repudiet. Nam non efficitur heres, nisi aperte voluerit, §. *ult. Inst. de her. qual. & diff.* Silentii hujus vis hæc est, ut pro eo tempore non sit heres, non tamen ut acquirendi jus amittat. Potest enim, qui semel, aut diutius tacuit, nihilominus cum volet, hereditatem adire. *L. si curatoris, C. de jur. delib.* nisi quid extrinsecus accedat: puta nisi morte, aut tempore præcludatur, quibus in caussis his rebus amitti hereditatem eodem capite quarto diximus. Repudiatione idem consequitur, sed longo dissimili effectu. Qui heres esse non vult, huic liberum est hereditatem repudiare, quam acquirere poterat. *L. is potest. D. de acq. her.* Quod veteres etiam dicunt omittere hereditatem, ut *L. filium, D. eod.* Prætermittere, ut *L. qui patri ibid.*

a) Quibus casibus, & ex quibus caussis aditio non valet, iis nec repudiatio, Cujac. 1. *ad Afric. ad L. 46. h. t.* Et eadem sunt conditiones in omissione, quæ in acquisitione *sup. Cap. 4. N. 1.* Duar. *h. t. C. 8.* Nondum igitur delata repudiari nequit *L. 4. h. t.* Excipit Duar. *d. C. 8.* nisi magistratus auctoritas accedat, si rogatus, institutus sub conditione, an velit heres esse, quando extitura conditio, neget. Videtur tamen & hæc differentia. Adiens pro parte in solidum acquirit: Repudians partem regulariter nihil agit, *L. 76. h. t.* Duar. *h. t. C. 10.* Quær. An hereditas pupillaris possit acquiri, & paterna repudiari? Neg. in *L. 20. C. de I. delib* Ratio, quia per immistionem pupilli confusa sunt bona patris cum pupillaribus, & unum effectum patrimonium, Duar. *d. C. 10.* qui & *C. 6. f. 460. & seq.* filium non posse repudiare hereditatem paternam retenta legitima. & Vaud. 2. *Q. 18.* de quo forte alibi.

b) Hunc modum non agnosco; & sompus hic nostro obrepsisse videtur. Neque enim hic effectus est ullo tempore, quem ipse Don. *h. Cap.* ponit Silentio non fit ut quidquam amittat, sed ut nondum acquirat. Et quid hoc est: Amittit, ut interim non sit heres. Si vere amitteret, nec postea fieri posset.

bid. [3] recusare, ut *L. recusari*, *eod. Tit.* Sed usitatius, & frequentius *repudiare*. *L. his qui heres*, & aliquot sequentibus, *eod.* Est autem repudiare hereditatem, nolle esse heredem: seu nolle hereditatem ad se pertinere. Quod cum vis verbi satis indicat, tum intelligitur ex *d. L. filium de acq. hered.* ubi omittere hereditatem, quod diximus esse repudiare, & nolle hereditatem ad se pertinere, pro eodem usurpantur.

IV. Hanc voluntatem cum quærimus; nempe etiam declarari volumus, ut probetur. Quod nominatim exigitur in adeunda hereditate in §. *ult. Instit. de her. qual. & diff.* Quomodo declaretur hæc voluntas ab herede, ad justam repudiationem nihil interest. Recusari, inquit Paulus, hereditas potest non tantum verbis, sed etiam re, & alio quovis indicio voluntatis.

V. *Verbis* repudiat, qui dicit se nolle heredem esse.

VI. Indicia ejusdem voluntatis, si a re distinguuntur, ut quædam a verbis, & re distingui in superiore definitione animadvertimus, sunt in scripto, & nutu, quibus rebus homines pro verbis uti solent. In *scripto*, si scribat heres se nolle esse heredem. *Nutu*, si mutus, exempli gratia, interrogatus, an nolit esse heres, annuat. Utroque modo recte heres repudiaverit. Nam his omnibus modis recte aditur hereditas, ut paulo post dicetur. Porro contraria animi destinatione, & testatione heres ab hereditate repellitur. *d. §. ult. de her. qual. & diff.*

VII. Rem verbis, & aliis indiciis cum opponunt nostri, *rei* verbo factum significant; ex quo sine verbis, & his, quæ verborum vicem habent, scripto puta, & nutu, voluntas intelligitur; ut fit in superiore definitione, & *L. 4. D. pro soc. L. 2. D. de pact.* Hujusmodi facta in repudiatione duo hæc occurrunt. Unum, cum heres testamento scriptus, qui idem ab intestato succedere potuit, repudiavit, aut adivit legitimam hereditatem, de testamentaria nihil aperte statuens. Alterum, cum is, qui, testamento rescisso, succedere potuit ab intestato, egit aliquid cum herede scripto, quod, nisi eum heredem agnosceret, utiliter cum eo geri non potuit.

VIII. Prius tale est, filius, aut proximus cognatus, qui ab intestato heres futurus erat, testamento scriptus est heres. Mox legitimam hereditatem repudiavit. Quæsitum est, an aliquid egerit repudiatio. Et ratio juris facit, ut nihil egerit, si prius ex testamento non repudiavit. Tandiu enim hereditas defertur ex testamento, quoad inde repudiata non fuerit, *L. si curatoris, C. de jur. del.* quandiu autem ex testamento adiri potest, tandiu ab intestato non defertur. *L. quandiu potest. D. de acq. her.* Quod si non defertur, nec potuit legitima adiri, eoque nec repudiari. *L. si quis extraneus, §. 1. L. is qui heres, D. eod.* Sed placuit in proposito, eum, qui legitimam repudiavit, aut adivit, prius [4] repudiasse videri testamentariam, ut sic legitimæ locus fieret, quæ proinde eodem tempore & acquiri posset adeundo, & repudiando amitti. *L. nec is. §. ultim. L. illud. D. eod.* Non obstare, quod hic heres prius non repudiavit aperte ex testamento. Verbis enim repudiavit: re, & facto repudiasse intelligitur. Significatio prioris repudiationis ex posteriore, quod non potuit utiliter legitimam repudiare, aut adire, nisi prius repudiaverit ex testamento, ut est in *d. L. illud, de acq. her.* Sic porro est natura rerum, ut qui vult consequens, necesse sit, eum vel & id quod antecedit; sine quo ad id quod sequebatur, pervenire non potuit.

IX. Posterius factum locum habet in filio, qui testamento patris præteritus est, aut immerito exheredatus: qui ideo petere potuit bonorum possessionem contra tabulas, aut queri de inofficioso testamento. Sunt autem facta hujus generis, si ab heredibus institutis sciens, eos heredes esse aut emit res singulas, aut conduxit prædia, aut his solvit, quod testatori debebat. His enim factis, & similibus agnovit heres judicium defuncti, ut est in *L. si ponas, §. 1. D. de inoffic. test.* Id est, agnovit eos, qui instituti sunt, vere judicio defuncti esse heredes. Id agnoscendo, simul & bonorum possessionem, & querelam inofficiosi repudiavit: ac per hæc here-

3) Cujac. tamen *in Par. h. t. & ad L. 3. de R. I.* differre hæc ostendit: Repudiatio sit solemniter in jure, *L. 4. C. de rep. her.* Recusatio quoque modo & jure, *L. 95. h. t. L. 6. ad Treb.* Repudiat solus heres. Recusat etiam fideicommissarius, *L. 16. §. 4. ad Treb.* Filiusfamilias recusare, & nolle adire potest, *L. 3. C. de her. inst.* repudiando nihil agit. *L. 13. §. ult. h. t.* Govean. 2. *Var. lect.* 25. Repudiationem esse actum contrarium aditioni; & quemadmodum qui adibat, certa verba proferebat, ita & repudiantem per *L. servus 58. Sol. matrim.* P. Fab. 2. *Semestr.* 23. *p.* 347. Repudiationem esse actum legitimum, & a recusatione differre, quæ & ab absentibus, ac per epistolam fieri potest. *L. 6. pr. ad Treb.*

4) Sed hic, si vere, & exacte rem expendimus, non est vera repudiatio; neque amittitur hereditas delata, aut spes delatæ acquirendæ, sed spes deferendæ intercluditur. Hereditas enim jam adita est a scripto: nec prius defertur exheredato ab intestato, quam per querelam testamentum eversum fuerit, & res ad intestati causam redierit.

hereditatem, ad quam nisi his remediis pervenire non potuit. Repudiavit autem ideo, quia non potuerunt qui instituti sunt, heredes esse, quin simul filius heres non sit. Uni enim duo in solidum heredes esse non possunt. *L. quod contra*, §. 1. *D. de reg. jur.*

X. Repudiationis effectus hic est, non solum ut ne sit heres, qui repudiavit, ut de tecente diximus; sed etiam tempestive, & suprascriptis conditionibus repudians, repudiatione hereditatem amittat, ut est in *L. is qui heres, in pr. de acquir. her.* hereditatem, id est, spem hereditatis obtinendæ. Neque enim proprie videtur rem omittere, cujus propria non fuit. *L. non videtur rem, D. de reg. jur.* Sed quia spes certa fuit, & ea, quæ tribueret heredi hereditatem, si vellet; ideo, hac spe amissa, ipsa hereditas omitti videtur. Id hunc significationem habet, ut delatam repudians successionem, ne in posterum quidem eam quærere possit, si velit. *L. 4. C. de rep. her.*

XI. Quod tamen una in specie jure civili contra receptum est, ne repudiatio alii contra voluntatem defuncti noceat: cum scilicet heres institutus rogatus est alteri restituere hereditatem. Visum est enim senatusconsulto, sic eum hereditatem adire, & restituere debere, ut, quamvis, non dico, recuset adire, sed etiam ultro jam ante repudiaverit, placeat nihilominus, cum cogi posse adire, & restituere. *L. 4. L. nam quod, in pr. D. ad sen. Treb.* Sed hoc, ut apparet, alterius caussa, non heredis. Nam ipsi heredi nihil ejusmodi præstatur. Sed quomodo etiam alterius caussa hereditatem adeat, qui repudiatione hereditatem amisit? In hac caussa non intelligitur heres repudiatione alteri amisisse: quasi hactenus repudiatio nullius momenti fuerit, quæ contra Senatusconsultum intervenit. *L. non dubium, C. de legi.*

XII. De jure civili, & communi auxilio loquimur. Alioqui si minor repudiavit hereditatem, beneficio ætatis per in integrum [5] restitutionem consequitur, ut sibi denuo adire liceat. *L. 1. & L. 2. C. si ut omis. her. vel bo. pos. acqui.*

XIII. Valet hoc jus non tantum in hereditate, sed etiam in bonorum possessione delata. Hæc licet admitti non possit, nisi apud magistratum, seu judicem; *L. ult. C. qui ad. ad bo. pos. pos.* repudiari tamen & sine magistratu, & judice, potest unde voluntate; & repudiata similiter omittitur. *L. 1. §. qui semel. §. quibus, D. de succ. ed. §. cum igitur, in si. Inst. de bon. pos.* Atque hæc de repudienda hereditate.

CAP.

5) *L. 24. §. 1. de min.* quæ de extraneo accipienda est, non de suo: vid. not. *supr. Cap. 2. N. 24.*

Digitized by Google

CAP. VIII.

Hereditatem, quæ acquiri ab extraneo herede possit, duobus his modis acquiri, adeundo, aut pro herede gerendo. Genera hæc duo acquirendæ hereditatis ita distincta appellationibus, ut & reipsa in usu juris sint diversa: & quid sit horum utrumque, quidve alterum ab altero differat. Atque ut hæc genera duo, ita in hac non plura. *Cretionem* veteribus nihil aliud fuisse quam aditionem: & de hoc verbo, deque utriusque origine ac notatione plura. Agnoscere hereditatem, admittere, suscipere, adire, plura verba esse unius rei: tum quæ in his sit metaphora, & unde ducta. Pro herede gerere cum sit sine aperta testatione quid gerere animo tanquam heredem: quibus ex rebus, & factis heredis hic animus deprehendatur: Et rursum ex quibus deprehendatur contrarius.

Nunquam extraneis heredibus nisi animo, & voluntate acquiri hereditatem. I.

Ea non semper solo animo acquiritur, sed interdum necessaria auctoritas magistratus; & quando. II.

Declarari voluntatem suscipiendæ hereditatis vel nuda testatione, vel re aliqua, aut facto. Hinc aditio, & pro hærede. gestio. III.

Genera hæc duo acquirendæ hereditatis, ut distincta appellationibus, sic re ipsa in usu juris esse diversa; & quid sit horum utrunque, quidque alterum ab altero differat. IV.

Non esse plura genera acquirendæ hereditatis, quam hæc duo. V. seqq.

Cretionem *veteribus nihil aliud fuisse quam aditionem; & de hoc verbo, deque utriusque origine, ac notatione plura.* VI. VII. VIII.

Hodie solemnitas cretionum sublata Theodosii constitutione; qua eadem tria constituta intelligenda sint, & quæ nam, quidve postea usuvenerit. VII.

Agnoscere *hereditatem*, admittere, suscipere, adire, *plurn verba esse unius rei.* IX. X.

Dicta hæc per metaphornm, & quænam, & unde ducta. X.

Ambiguum esse quando quis intelligatur gessisse quasi heres. Quare. XI.

Trium generum facta in hanc rem proponuntur. XII.

Cum quis quid facit, quod, nisi ut heres, facere nequivisset, eum pro herede gerere videri. XIII.

Contra non videri, eum gerere pro herede, qui, quod gessit; etiam si heres non fuisset, gerere potuisset. XIV.

Quædam media esse, ut quæ geruntur in rebus hereditariis, aut his, quæ tales putantur. Hæc trium generum. XV.

Quæ quis potest facere, & si non heres, sed inutiliter, ac sine effectu, hæc si simpliciter fecerit, censeri, eum gessisse pro herede. XVI.

Idem juris in eo, qui ea gerit, quæ utiliter, at non jure suo, etiam non heres gerit. XVII.

Idem & in eo, qui quæ gessit, etiam jure suo, ac utiliter, & si non heres, gerere potuisset, sed non suo nomine. XVIII.

Videri etiam pro herede gerere eum, qui non hereditnriis, tamquam hereditariis utatur. XIX.

Toties ex his factis agnoscendæ hereditatis animum colligi, quoties nihil sit, quod conjecturam impediat. XX.

Impedire hæc quatuor. XXI.

Amotio rei hereditariæ. XXII.

Venia gerendi a magistratu impetrata. XXIII.

Error rem alio jure suam esse putantis. XXIV.

Aperta testatio. XXV.

I. ACquirendæ hereditatis hæc ratio est. Nunquam hereditas [1] extraneis heredibus vel jure civili, vel jure prætorio delata, nisi [2] voluntate, & destinatione animi acquiritur. De hereditate jure civili acquirenda est in §. *ult. Inst. de her.*

1) Sui enim vere non acquirunt, sed sese immiscent (confer *sup. dicta Cap.* 2. *N.* 18.) nec fieri dicuntur heredes, sed existere, id est apparere; *L. ultim.* §. *sin vero* 2. *C. de Cur. fur.* & ut Theoph. *in pr. I. de bonor. possess.* ἀναφαίνεσθαι. Hinc non furari dicuntur vel expilare hereditatem, sed amovere. *L.* 71. §. 4. *& seqq. h.* Cujac. *in L.* 21. *de lib. & post.*

2) Cum voluntarius vocetur vid. *sup. Cap.* 3. *N.* 2. Quid igitur si metu coactus quis adit? Heres efficitur, quia coactus voluit; sed restituitur per prætorem data absti-nen-

Digitized by Google

her. qual. & dif. De bonorum possessione, quæ jure prætorio defertur, conatat; eum hanc prætores pollieeantur se daturos eam petentibus. Sed & de hoe genere aperto ita definitur in *L.* 3. §. *bonorum*, *D. de bon. pos.* invito oemioi bonorum possessionem acquiri.

II. Sed alias sola voluntate acquiritur hereditas; alias interveniente aoctoritate magistratus, seu judicis. Aditio, & auctoritas magistratus necessaria est in iis hereditatibus, quæ solo jure prætorio deferuntur; item in aditione bonorum libertatum conservaodarum caussa facta: de quibus postea, ut juris eommoois quibusdam exceptiooibus. His autem exceptis, ita jus est: ut omnis hereditas testamento, vel ab intestato delata heredi extraneo solo animo, & voluntate aequiratur, ut quisqoe haoe de suscipieoda hereditate declaraverit. §. *ult. Inst. de her. qual. & dif.*

III. Sed ut in repudianda hereditate fieri diximos, sic in acquiranda aecidit, ut declaretur voluntas suscipiendæ hereditatis, partim [3] nuda testatione, aperta tamen: partim re aliqua, & facto. Prios qui facit, hunc veteres dixerunt *adire* hereditatem. Poaterius quia non fit, nisi ab eo, qui quid facit ut heres, ideo dixerunt significantar *pro herede gerere*. Ex quo duo geoera acquirendæ hereditatis his nata, ut acquiratur vel adeundo, vel pro herede gerendo. Unde *aditio*, *& pro herede gestio*. Res quidem ita dilucide distincta in *d. §. ult. Inst. de her. qua.* Generum autem ipsorum appellatio, & distinctio his locis expressa; *L. quandiu institutus. D. de acq. her. L. & si quis*, §. *plerique D. de rel. & sum fu. L. cum antiquioribus*, §. 1. *C. de jur. del.*

IV. In quibus lieet observare, sic genera ista [4] distingui appellationibos, ut neque qui adit, dicatur pro herede gerere, neque qui pro herede gerit, adire. Sic autam in his statui non unum genus acquirendæ animo hereditatis: ut tamen sint hæe tantum doo, noo plura. Distingui ista ot diversa supra scriptis in loeis coostat. Et vero maxime diversa esse io usu juris, non aliunde intelligi potest eertius, quam ex dubitatione Ulpiani, quæ exstat in *L. si quis mihi*, §. *sed quid si*, *D. de acq. her.* quid si, inquit, mandavit pater filio, ut pro herede gereret, filius adiit hereditatem? *an jussu videatur, adisse, dubitari potest.* Stulta dubitatio, nisi constaret, hæc facta re esse diversa: enim is solus existimari debeat non jusso quid fecisse, qui aliud fecit, quam mandatum est. Et quod subjicit, verius esse ex hoc quoque aditionem esse iotroducendam; ideo dicit, quia etsi facta hæc re inter se diversa sint; effectum tamen unum hunc habent, ot acquiratur hereditas, qui solus finis propositus est mandanti patri de hereditate aequirenda. Significatur igitur vere diversa esse, unde ambigendi caussa: sed ut est exitus utriusque, & voluntas maodaotis: non obstare haoc differentiam, qoominos uno imperato, & alterum faciendo voluntati mandantis pareatur. Sane si originem, & proprietatem verborum proprius expendere velimus, possont hæc confundi, ut dicatur, qui pro herede gerit, adire hereditatem, & qui adit, pro herede gerere. Nam [5] adire quidem ita dictum est, ut sit *ire ad hereditatem*. Quod veteres declararunt alio verbo, quo in hac re utuntur. Nam pro adire hereditatem dicunt interdum *accedere ad hereditatem*: exprimentes nimirum vim eam, quæ est in verbo adeundi ut in *L. ult. D. de acq. her. L.* 3. *C. de jur. del.* Quisquis autem pro herede gerit, quocumque facto id faciat, quo fiat heres, non minus accedit ad hereditatem. Proinde & qui pro herede gerit, adit. Pro herede autem gerere definiunt esse aliquid facere

vendi potestate. *L.* 21. § 5. *Quod met. ca.* *L.* 85. *h. t.* Objic. *L.* 6. §. *ult. h. t.* Resp. ex verbo *fallens*. Adit enim ibi nihil minus in animo habens, quam ut adeat: A. Fab. *ad d. l.* 21 §. 5. simulans, se ementiri, ac non invitum facere. Cujac. *ad L. 4. de R. I.* Atque ita non ibi est coacta voluntas hereditatis habeodæ, sed falsa simulata ac nulla. Cujac. 16. *Obs. ult.* vII. & Duar. *h. t. C.* 6. *f.* 457. P. Fab. *ad L.* 3. *& seq. de R. I.* & Pac. 2. Q. 67.

3) Et pura. Diei enim vel conditionis adjectione aditio vitiatur *L.* 77. *de R. I. L.* 51. §. *ult. h. t.* Voluntas enim in diem, aut sub conditione concepta certa non est, qualem aditio exigit. Obstat *L. primo* 23. *D. Quæ in fraud. cred.* in verbis: *ea conditione adierunt hereditatem.* Resp. Rot. *ill. Q.* 54. conditionem illic denotare pactum, quia cum creditoribus, uti & cum legatariis *l.* 73. *in fi. pr. ad L. Falc.* paciscit licet ut minus iis præstetur. Et P. Fab. *ad d. L.* 77. *pag.* 346. vel idem non vitiari aditionem in *d. L.* 23. quia auctoritate Præsidis Provinciæ ex consensu creditorum facta; vel potius aditionem ibi pure factam: de eo autem conveniisse heredi cum creditoribus, ut pars iis duntaxat præstaretur. Non autem necesse est, ut verbis testatio declaretur quia & mutus adire potest. *L.* 5. (quæ tamen de gestione pro herede loquitur) *L.* 93. §. 1. *h.* si scilicet intellectum habeat: quo si careat, dandus est ei curator, qui eum nomine *L.* 65. §. 3. *ad Trebel.* ita Duar. *h. t. C.* 4. *fol.* 448. & P. Greg. 46. *Synt.* 4. n. 14. Sed Goveau. 1. *Var. lect.* 15. n. 2. In aditione verba esse necessaria. Mutum pro herede gerere *d. L.* 5. non vero adire posse. Infans, ait, gerere pro herede potest *L.* 65. § 3. *ad Trebell.* adire nequit. *L.* 9. *ibi si fari possit h. t.*

4) Vid. Vand. 2. Q. 25. Duar. *h. t. C.* 3. Hinc P. Greg. 46. *Synt.* 4. & Althus. 1. *Juris* 27. volens hodie, sublatis cretionum solemnibus, nihil inter aditionem, & gestionem interesse, sed male.

5) Vel aditum in eam facere *L.* 28. §. *pen. cir. fi.* ibi. *aditus est ad hereditatem de lib. & post.* Cujac. 7. *Ob.* 18. Quid si quis dicat, non *displicere sibi hereditatem*? Quidam putant adire, arg. *L.* 4. *&* 5. *C. de arbitr.* Contra Duar. *h. t. C.* 3. *f.* 342. quia non displicere medium est, ut non nolle, inter velle, & nolle. Confer *not. supr. C.* 4. N. 1.

cere, quasi heredem, *L. pro herede, in pr. D. de acq. her.* Quod si est, valere potest hoc idem e converso: ut etiam qui nuda voluntate testatur, se velle heredem esse: idest, qui adit, dici possit pro herede gerere. Facit hoc, ut heres. Et ita hoc verbum modo angustius, modo latius eodem in loco accipitur apud Justinianum in *d. §. ult. Inst. de her. qual. & dif.* dum definit, quis videatur gerere pro herede. Sed usus veterum hæc ita trivit, ut ea in diverso genere ponerentur: essetque *adire*, ubi ab obtinendam hereditatem nihil aliud fieret, quam ut ad eam iretur, accederetur sine alio facto: *pro herede autem gerere* esset amplius quid facere, per quod ad hereditatem perveniretur. Quæ sane & verbis ipsis recte significantur. Et in summa, adire est profiteri se velle heredem esse: seu nudam voluntatem suscipiendæ hereditatis declarare. Sic enim fere describitur apud Justinianum id factum, quod distinguitur ab eo, quod est pro herede gerere in *d. §. ult. de her. qual. & dif.* id autem factum vocant veteres adire, ut ostendi. Pro herede autem gerere, ut ibidem declaratur, est in rebus ad hereditatem, aut jus heredis pertinentibus aliquid tanquam heredem, & dominum facere. Itaque inter ista est harum rerum differentia in usu veterum, & juris. *Adire* est nudæ voluntatis: *pro herede gerere*, facti, & velut administrationis. Adire apertam professionem habet de suscipienda hereditate. Pro herede gerere nullam; sed solum factum, ex quo, ratiocinando, animus heredis de acquirenda hereditate colligitur.

V. Atque ut hæc diversa genera sunt, quibus acquiritur hereditas: ita ne frustra plura requiramus, quæ non sunt, diligenter statuendum est, non [6] plura esse, quam hæc duo: Primum non plura ponuntur in superioribus tribus locis, quos indicavi: in quibus tamen genera acquirendæ hereditatis velut ex professo numerantur. Tum autem res evincit plura esse non posse. Nam hereditas extraneis sola voluntate, & animo acquiritur. Tantum hoc quæritur, ut declaretur aliquo modo hæc voluntas. *d. §. ult. Inst. de her. qual. & diff.* Neque vero declarari potest pluribus modis, quam his duobus, aperta testatione, vel re aliqua, & facto. Prius, ut dixi, veteres vocant aditionem: posterius pro herede gestionem. Quare non pluribus modis acquiri hereditas extraneis potest, quam his duobus, aditione, & pro herede gestione.

VI. Quid ergo [7] *cretio*, cujus mentio est in *L. cretionum. C. de jur. del.* & cujus rationem explicat Ulpianus in fragmentis Tit. *qui heredes institui possint*: an non est veteribus tertium genus acquirendæ hereditatis? Ac ne nunc quidem ea lege id sublatum dixeris. Lex enim tollit solemnitatem cretionum, non cretiones. Quod autem abrogatum non est, id manere oportet. *L. præcipimus, in fin. C. de appel.* Sed ut nunc nobis: sic ante illam *L. cretionum.* Nec veteribus plura genera fuerunt acquirendæ hereditatis, quam duo. Ut enim Ulpianus docet in d. Tit. *qui her. inst. pos.* aut instituebatur heres cum cretione, id est, ea lege, ut cerneret hereditatem intra certos dies: aut instituebatur simpliciter, & sine cretione. Nihil est tertium. Si cum cretione, fiebat heres cernendo; unde cretio: si sine cretione, fiebat heres pro herede gerendo; unde pro herede gestio. In quo apparet, non plura genera statui acquirendæ hereditatis, quam hæc duo, cretionem, & pro herede gestionem. At enim veteres aditionem agnovisse plus quam notum est ex ipsorum scriptis, quæ in pandectas relata sunt. In quibus hoc verbo nihil occurrit frequentius; præsertim sub Titolo, *de acquir. hered.* nec minus alibi, quoties de acquirenda hereditate agitur. In quo genere tres illi maxime sunt conspicui. *d. L. quandiu institutus, de acquirend. her. L. & si quis, §. plerique, de rel. L. cum antiquioribus, §. 1. C. de jur. del.* In quibus duo hæc conjungi dixi, adire, & pro herede gerere; aditionem, & pro herede gestionem. Sed non ideo plura illis genera, quam duo. Nam cretio nihil aliud fuit, quam aditio illis temporibus solemnis, & usitata. Id declarat formula cretionis, quæ ibidem refertur apud Ulpianum, qua utrumque verbum continebatur. Formula hæc erat: *Cum me Lucius Titius heredem instituerit, ejus hereditatem adeo, cernoque.* Ex verbo *cernendi* hanc testationem dictam

6) Consentit nostro P. Fab. 2. Semestr. 22 tradens, acquiri suis, non per immistionem, sed ipso jure; extraneis agnitione: id est aut pro herede gestione, aut aditione seu cretione.

7) De cujus solemnibus vid. Duar. 2. Disp. 41. Forst. 2. de Success. 19. Bar. de auct. prud. C. 8. ubi scribit, per cretionem omnes omnino hereditatis aditiones intellexisse probatos auctores. P. Fab. 2. Semestr. 22. p. 318. veteres glossas indicare scribit, cretionem esse eamdem cum aditione, & locum quemdam (Cornificii, sive quisquis auctor est 4. Rhet. ad Herenn. Festus Lib. 3. f. m. 1108. Crevi modo significat hereditatem adii, &c. Et pluribus hoc firmat P. Gregor. 46. Synt. 2. n. 6. Dissent. Cujac. in Par. h. & 7. Obs. 18 differentiam inter aditionem, & cretionem statuens, cujus tamen utriusque Symbolum fuerit digitorum permissio.

dictam esse [8] *cretionem* omnes vident. Et quis dubitet ex verbo adeundi, quo verbo pariter utebatur heres, dictam esse, & dici debuisse aditionem? Sed ita utrumque ut ex posteriore verbo usitatius diceretur cretio. Ut accidere solebat in iis formulis, quæ duobus verbis idem significantibus constabant. Utcumque est, ex eo quod fieri declarabatur in formula, & nomen actionis ejus natum est. Ut acceptilatio dicta ex formula, quod qui stipulabatur, rogabat a creditore num is acceptum haberet, acceptum ferret.

VII. Hodie constitutione Theodosii, idest *d. L. cretionum, C. de jur. del.* cretionum solemnitas sublata est. In quo tria hæc constituta intelligere debemus. Primum, ut quamvis testator jusserit heredem suum hereditatem cernere: tamen heres pro herede gerendo recte heres existat. Deinde ut quamvis heres simpliciter sit institutus, & sine cretione, nihilominus adeundo, & cernendo hereditatem, non ut olim solum pro herede gerendo, hereditatem acquirat. Tertium, ut dum hereditatem adibit verbis, & aperta testatione, sufficiant quævis verba, & nuda testatio contemta superiore formula cretionum. Hæc superiore lege constituta ideo intelligimus, quia contraria omnia erant in solemnibus cretionis, ut declarat, eodem illo Titulo Ulpianus. Hæc autem solemnitas omnis illa lege sublata est. Nec dubium est, quin Justinianus in §. *ult. Inst. de her. qual. & diff.* hæc ipsa intelligi voluerit, velut ad sententiam *d. L. cretionum*, alludens, atque hanc velut exprimens: cum sit, eum, qui ad hereditatem vocatus est, pariter heredem fieri sive adeat, sive pro herede gerat: & contra item in testatione nihil referre, quomodo voluntatem suam declaret, rogan verbis, & quibus verbis in eo utatur. Post quam constitutionem usu venit, ut, sublata solemnitate cretionum, ipsum etiam nomen cretionis aut exolesceret, aut minus frequentaretur; aditionis autem verbum, quod erat in scriptis veterum, aut retineretur a compositoribus, aut substitueretur; ne quis verbo cretionis retento deceptus existimaret, solemnitatem cretionis, quæ initio fuit, etiam adhuc retineri, & in usu esse.

VIII. Meminerimus tamen, solemnitate aditionis sublata, nihilominus etiam nunc utrumque verbum de aditione nostra recte usurpari: ut dicamus, eum, qui agnoscit, & suscipit hereditatem, aperta professione, pariter & adire hereditatem, & hanc eamdem cernere. Non aliter, quam in veteri, & solemni ritu utrumque facere heres dicebatur: ut sciamus & veteribus utroque verbo eamdem rem significatam esse, & nobis etiam eamdem istam significari solemnitate verborum summota, quæ ad rem nihil pertinet. Animadvertendum est enim dicta hæc esse per metaphoram ita, ut ad voluntatem suscipiendæ hereditatis significandam, nunquam possit esse unum sine altero: ut si aditionem hodie admittimus, necesse sit etiam admitti cretionem: &, cretionis verbo posito, statim aditio quam recipimus, statuatur. Nam, ut ante attigi, adire hereditatem est venire, & accedere ad hereditatem, non utique corpore, sed animo. Nam animo hic res geritur. Quorsum ita adire? nempe, ut eam tanquam præsentem, & tuam, animo cernas; idest, acquiras. Nam aliter non possis tuam esse dicere. Quid autem fecit is, qui animo cernit hereditatem? Id nimirum, quod antecedit. Adivit videlicet. Nemo enim potest cernere præsentem, nisi prius ad eam accesserit. Id autem est quod nunc dicimus, nisi prius eam adierit. Unum igitur, & idem genus, *aditio*, & *cretio*. Unum veteribus. Unum & nobis; quibus & post superiorem constitutionem Theodosii utrumque verbum & rei propositæ optime conveniens recte retinetur. Quod si est, neque illis olim fuerunt, neque nobis hodie sunt plura genera acquirendæ hereditatis, quam hæc duo; *aditio*, quæ eadem & *cretio* dicitur, & *pro herede gestio*.

IX. Qui autem scribunt, hereditatem acquiri his modis, cretione, aditione, pro herede gestione, immistione, agnitione: hi in magna [9] ignoratione versantur tum rerum, tum verborum. Nam primum immistione non acquiritur hereditas ullo modo. Immistio propria est suorum heredum. *L. necessariis, D. de acquir. hered.* Suis heredibus non quæritur hereditas ullo facto, sed ipso jure, statim, ab initio, ex quo his delata est hereditas, & quidem invitis. §. *sui*, 2. *Institut. de her. quæ ab int. def.* Immiscent quidem se sui heredes, cum postea attingunt res hereditarias, post quam immistionem, beneficium abstinendi non habent, quod illis tributum erat jure prætorio. *d. L. ne-*

cessa-

8) P. Fab. d. C. 22. p. 526. Cretionem dictam vult, quod veniat in rem præsentem veniatur, ac coram testibus adeatur & aspiciatur hereditas. Cujac. d. C. 18. cernere dici quasi decernere, per L. 9. L. 18. §. pen. h. t.

9) Cujac. in Par. h. t. & Althus. c. Jurispr. 17. Sed recte noster.

Digitized by Google

cessariis. Sed hoc modo non acquirunt hereditatem jam ante setis quæsitam jure: sed quæsitam retinent, qui abstinere non possunt. Quod ad cretionem ettinet, hæc nihil aliudest, quam aditio solemnis vetus, & nec solemnis nova, ut ante ostendi. Agnitionem autem statuere novum modum acquirendæ hereditatis, & distinguere eb aditione, & cretione, magnæ admodum inscitiæ est. Agnoscere namque hereditatem, seu bonorum possessionem nihil aliud est, quam delatam pro sua suscipere: declarare, velle se eam ad se pertinere. *L.* 1. *L.* 2. *C. de jur. del. L.* 1. *in fi. D. de bon. pos. fur. inf. L. gerit. D. de acq. her. L.* 3. *L.* 4. *L.* 7. *C. qui ad. ad. bon. pos. pos.* Hoc autem quid aliud in hereditate, quam adire, cernere hereditatem? Quod si quis verbum diversum est ab aditione, licet ideo plures species acquirendi facere: cur non dixerunt hareditatem acquiri non solum agnitione, sed etiem amplexu, admissione, anaceptione? Nam hæc omnia dici legimus in hac re e veteribus: agnoscere hereditatem, ut ostendi: item hereditatem, seu bonorum possessionem amplecti. *L. quæsitum*, in fin. *D. de acquirend. her. L. si libertus patrono*, 41. in fin. *D. de bon. lib. L. bonorum L. ult. C. qui ad. ad. bon. poss. pos.* hereditatem, seu bonorum possessionem admittere. *L.* 6. §. 1. *D. de acquirend. her. L. quidam*, in fin. *C. de jur. del. L.* 3. §. *a municipibus*, *D. de bon. poss.* Item hereditatem suscipere. *L. cum bonis*, 87. *D. de acquir. her.* §. *ult.* in princ. *Institut. de hered. qual. & diff.*

X. Sed hæc, inquam, plura quidem verba sunt: verum unam, & eamdem rem significantia. Dicta sunt enim omnia per translationem ductem ab amicis; quos ad nos venientes testamur nos pro talibus, & vere nostris habere. Primum enim agnoscimus pro nostris. Sæpe etiam quo magis id testemur, amplectimur. Ad extremum etiam pro talibus habitos ad nos admittimus. Signa omnie ejus voluntatis, que declaramus, eos vere nostros esse, nosque pro talibus eos haberi velle. Cum idem sensus sit in eo, qui hereditatem suam esse velit, hic omnia illi, & hereditati eadem triboimus. Fingitur enim, hereditas res esse quædam mobilis, quæ se nobis ultro det, eaque gratia ad nos veniat. Unde illæ formulæ loquendi latinia usitatæ: *ei, aut ad eum veniet hereditas*; *hereditas ad eum rediit*. Cic. *lib.* 2. de invent. *de hereditate ea, quæ pupillo venit, inter eos, qui patris pupilli heredes secundi sunt, & inter agnatos pupilli controversia est.* Idem pro Sex. Roscio: *ad quem morte Roscii divitiæ venerunt.* Terent. in Adria: *Ejus morte ea ad me lege redierunt bona.* Haec ita ad nos venientem, & se dantem dicimur agnoscere, amplecti, admittere; dum hoc significatur, eam nos non repellere a nobis; sed qualem se dicit, id est, nostram, talem nos agnoscere, amplecti, ad nos recipere: denique eam nos pro nostra habere. Suscipere eutem hereditatem dictum ad similitudinem earum rerum, quas in humeros nostros tollimus: metaphora quærendæ hereditati admodum coovenieote, propter onera hereditaria, quæ, hereditatem admittendo, subimus, ut est in. *L. si duo*, *D. de acq. her.* Inest & in verbo *adeundi* translatio non admodum dissimilis. Nisi quod personæ euntium, & admittentium hic commutantur. Nam in superioribus, hereditas fingitur res esse mobilis, quæ ad nos veniat: nos hi, qui venientem admittamus. In verbo eutem adeundi sic res accipitur, quasi hereditas res sit aut immobilis, aut mobilis quidem, sed aliquo in loco certo consistens, ad quam ipsi accadamus, accedentes ad eam, ut eam, quæ se nostram esse velit, admittamur. Unde rursum factum est, ut cum agnoscimus hereditatem, aut bonorum possessionem, non tantum admittere eam dicamur, sed etiam ad eam admitti. *L. si servus ejus*, *D. de acquirend. her. C. qui admit. ad bon. poss. poss.* De jure agentibus nihil admodum opus erat hac verborum explicatione, nisi eo spectaret, ut moneremur plura quidem hæc verba esse ad acquisitionem hereditatis pertinentia: sed in re falli nos non debere. Re enim ipsa nihil his omnibus verbis contineri, nisi rem unam, id est, testationem suscipiendæ hereditatis, quam *aditionem* vocamus.

XI. His generibus constitutis, videndum, quid utroque contineatur. Quod quærendum est, non propter aditionem, sed propter gestionem pro herede. Nam cum adire sit apertæ testationis, nemo dubitat, quid in hac testatione heres voluerit. At pro herede gerere esse diximus, gerere aliquid quasi heredem, *L. pro herede*, *in pr. D. de acq. her.* Ambigitur, quando quis intelligatur gessisse quasi heres. Ambigendi caussa ex eo, quod neque ex verbis hic animus heredis cognosci potest, neque ex factu satis. Non ex verbis; cum hic verbis res non geratur, sed re aliqua, & facto. Non ex facto, quia aut facta non loquuntur; aut si quid significant, ambigua sunt: & tam possunt exer-

exerceri ab eo, qui heres sit, quam qui non sit. Exempli caussa: potest quis attingere res alias, quam hereditarias alio quovis jure, quam hereditario, ut nihilominus pro herede gerat. *L. gerit*, *D. de acq. her.* & contra, potest attingere res hereditarias, his utendo, eas distrahendo, ut tamen non gerat quasi heres, quod propositum est Ulpiano docere in *d. L. pro herede*, in princ. *de acq. her.* idque est, quod ibidem scribit, pro herede gerere [10] non tam esse facti, quam animi: significans non tam facti esse solius ab animo separati, quam animi: id est, non tam ex facto aliquo certo, quam ab animo esse æstimandum: quoniam in eodem facto possit quis videri quasi heres gerere, & alias non quasi heres, prout illic animus pro herede gerendi intervenit, hic non intervenit; idcirco ubique non tam quid factum, quam quo animo factum sit, esse spectandum. Dixi, facti solius ab animo separati; quia alioqui & quæ animi sunt, facti sunt. Velle enim aliquid, facere est. Unde & contractus, qui consensu perficiuntur, ut venditio, dicuntur esse facti. *L. consilio*, §. *ultim. D. de curat. fur.* Sed quæ sunt facti alicujus apertum animum non demonstrantis, non continuo sunt animi. Ideo & animus extra factum quærendus.

XII. Merito igitur dubitatur, quibus ex rebus in eo, quod geritur ab herede, hic animus deprehendatur; ut cum gesserit, intelligatur pro herede, & quasi heres gessisse, quod quærimus. De quo ita præcipiendum videtur. Quædam sunt, quæ heres facere non potest, nisi ut heres. Quædam, quæ quovis modo faciat, idest sive suo jure, sive nullo, & sive alieno nomine, sive suo, æque facere potest, etiam si heres non sit. Quædam media, & ancipitia, quæ alias ut heres possit facere, alias non quasi heres.

XIII. De primo genere non difficilis definitio est. Quod heres facere non potest, nisi ut heres, & ut loquitur Ulpianus in *d. L. pro herede*, [11] §. *Papinianus*, in fi. de acq. her. *quod facere non potest citra nomen, & jus heredis*; perspicuum est, si id faciat, eum quasi heredem facere, eoque & pro herede gerere videri. Hujusmodi facta sunt, si quid heres accipiat ex judicio testatoris, dari ei jussum ut heredi. Quod accidit, eum servus testamento manumissus est ea conditione, si decem heredi daret: aut quid alicui legatum eadem conditione. Hæc decem si data sint heredi conditionis implendæ caussa, & ille ita acceperit; apparet, eum sic accipere, ut non possit aliter, quam sub nomine, & jure heredis. Unde & pro herede gerere intelligitur. *d. L. pro herede.* §. *Papinianus de acq. her.*

XIV. De secundo contraria definitio est, eaque item non difficilis. Quidquid heres & suo jure, & nullo: suo nomine & alieno facere potuit, etsi heres non esset, nunquam id faciendo pro herede gerere videri potest, nisi quid aperte contra de voluntate ejus doceatur. Exempla hæc sunt veterum ad id demonstrandum pertinentia. Veluti, si filius a liberto petentia operas officiales petat. *d. L. pro herede*, §. *si quid tamen.* Nam harum petitio ei competit suo jure, etiamsi heres non sit patri, dum non sit exheredatus. *L. si operatum*, *D. de oper. lib.* Item, si mortuum intulerit in sepulchrum hereditarium. *d. L. pro herede*, §. *si quid tamen*, *in fin.* eadem ratione, quod jus inferendi in sepulchrum hereditarium etiam ad liberos pertinet, dum non sint exheredati. *L. familiaria*, *L. vel quod*, *seq. D. de rel.* Item si defunctum funeravit heres: quod officium quivis humanitatis jure etiam extero potest præstare. *L. & si quis*, §. *plerique*, *D. de rel.*

XV. Tertium genus medium, id est, quod dubitationem habet. In hoc genere sunt ea, quæ quis pront animo est affectus, facere potest quasi heres, & rursum eadem facere, etsi heres non sit. Ea sunt autem, quæ geruntur, & administrantur in rebus hereditariis, aut iis, quas putat heres hereditarias. Quarum tres sunt velut ordines; qui si recte distinguuntur, & separatim spectantur a nobis, res tota fiet planissima.

XVI. Quædam sunt igitur, quæ heres facere potest in rebus hereditariis, etiam si he-

10) Vid. Duar. *h. t. C.* 4. *f.* 446. P. Fab. *ad L.* 6. *de R. I.* Gail. 2. *Obs.* 129. *n.* 5.

11) In exemplo tamen *d.* §. *Papinianus* distinguitur si accipiens solus scriptus, ut tum videatur pro herede gessisse, quia non aliter statulibera libertas competere potest; (& ita apparet speciem *d.* §. 4. maxime caussam decidendi habere in favore libertatis.) Sin vero al coharea datus, secus; quia libertatis dato confirmabitur aditione coheredis, Duar *h. t. C.* 3. ubi varia exempla pro herede gestionis explicat Quær. An Heres implens conditionem, sub qua institutus, eo ipso censeatur pro herede gerere? Exempl. gr. Mævius scriptus, si 10. *Lucio daret.* Dat 10. Negat Duar. *de Cond. inst. C.* 5. *f.* 416 & *h. t. de acq. her. C.* 33. *f.* 441. *per. L.* 13. *de cond. inst.* Aliud autem esse in suo herede, qui parendo conditioni se videatur immiscere. *L.* 86. *de her inst.* Non puto aliud esse, sed distingui debere, an conditionem impleat animo adeundi, vel immiscendi, *L.* 62. ibi: *si ut heres juraverit h. t.* vid. Pac. 3. *Q.* 91. & A. Fab. 31. *de Err. Prag.* 8.

si heres non sit: sed non utiliter, & cum effectu. Ut autem cum effectu velit, non potest facere, nisi sit heres: veluti, servos hereditarios manumittere. Ad servos hereditarios manumittendos accedere potest heres tanquam ad alienos: ut si id testetur. Sed si id facit, nulla est manumissio. Quoniam jura manumittere servum nemo potest, nisi qui dominus fuit. *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. *C. de his qui a non do. man. sunt.* Non potest autem heres rei hereditariæ dominus esse, nisi hereditario jure: id est, quæsita hereditate. *L. heres in omne, D. de acquirend. hered.* De his ita definiemus: quod heres facere non potuit in rebus hereditariis, nisi esset heres, si modo utiliter, & cum effectu vellet rem gerere; id simpliciter si fecit, non alio animo fecisse credendus est, quam ut faceret utiliter: eoque & pro herede hoc facto gessisse: & si suus est heres, se miscuisse bonis intelligitur. Exemplo erit illud superius, si puta mancipium hereditarium manumisit: id est, ea fecit in eo, quæ sunt manumittentis, seu quæ sunt manumissionis propria. *L. Julianus*, §. *si servum*, *D. de acquirend. hered.* Nec obstat, quod potuit hoc nullo jure, & sine effectu facere; ut si ad aliena manumittenda accessit. Semper enim in eo, quod geritur, ita affectus quisque esse putatur, ut velit valere quod agitur, non perire: serio agere, & cum effectu, non ludere. *L. si quando, in princ. D. de leg.* 1. *L. ubi. D. de rebus dub. L. quoties in stipulationibus, D. de reg. juris.* Nam quod in *L.* 1. *C. de jur. del* negatur filia emancipata, quæ ad bonorum possessionem solum vocabatur, servum hereditarium manumittendo, hereditati paternæ obligari: eoque & hereditas eo facto illi acquiri: non [12] eo dicitur, quod eo facto heres pro herede non gerat; sed quia in ea specia non potuit emancipatæ quæri hereditas adeundo, aut pro herade gerendo. Proponitur enim ea, quæ nullo jure servum manumittere potuit, nisi bonorum possessionem agnovisset. Bonorum autem possessio pro herade gerendo, aut adeundo non acquiritur: sed bonorum possessione agnita apud magistratum. *L. ult. C. qui ad. ad bo. pos. pos.* de quo postea.

XVII. Quædam sunt secundo loco, quæ heres in rebus hereditariis facere potest utiliter, & cum effectu, etiam si heres non sit: sed non jure suo. Qui si jure facere velit, non possit, nisi sit heres. Quod genus distrahere res hereditarias; rebus uti hereditariis, puta pecuniam hereditariam sumere, ædes inhabitare, locare, fructus ex his rebus percipere. Sane horum utrumque quivis potest facere in rebus alienis, & quidem cum effectu: ut scilicet rebus alienis ut utatur non secus ac suis: res alienas ita distrahat, ut non minus valeat emptio, quam si suas vendidisset. Nam & rei alienæ emptio consistit. *L. rem alienam, D. de cont. emt.* Sed sunt omnia ejusmodi, ut si tanquam in alienis, seu tanquam in iis, quas suas esse nolit, faciat, nullo jure faciat; sed aut in rebus mobilibus furtum faciat, vel nondum adita hereditate, expilatæ hereditatis teneatur. *L.* 2. §. 1. *D. de exp. her.* aut in rebus immobilibus si eadem faciat, faciat injuria, ut nihil amplius. Hac de caussa, & de his factis idem probandum, quod de superioribus, ut ita dafiniamus: quod heres in rebus hereditariis suo jure, id est, ut in suis facere non potuit, nisi sit heres: id si facit, suo jure eum, & quasi heredem fecisse, eoque & pro herede gessisse videri. Id indicat Ulpianus in *d. L. pro herede*, in pr. ver. *servos.* Cum ait, heredem his factis non videri gessisse ut heredem; sed hac conditione, si fecit ea, ut custodiat tantum, aut deliberandi caussa, aut dum vult alii heradi futuro consulere. Ergo nisi dicat se isto animo superiora fecisse, & quia dicit, probet: quasi heres fecisse videbitur. Idem significatur in *L.* 1. *C. de rep. her.* Hic occurretur statim ex eo, quod heres hæc ipsa facere potuit ut in rebus alienis. Nec ad rem pertinet, quod isto modo faceret nullo jure. Dici enim potest satis esse, quod aliquo modo potuit ista facere, quamvis non esset heres. Si aliter, quam quasi heres; non debet ex eo facto colligi, eum quasi heredem gessisse, cum juxta vulgare dictum, & verum, non probet, hoc esse, quod ab hoc contingit, ut absit. *L. neque natales, C. de prob.* Respondebimus id ita in proposito quoque admittandum fuissa, nisi præsumptio, & conjectura pœne explorata voluntatis contra heredem ista facientem in alteram partem sa daret. Potest facere superiora alio animo, quam heredis: puta, ut in rebus alienis; sed hoc nullo jure. Hoc in conjectura voluntatis tenendum est; quoties potest quis jure potius suo re uti, quam nullo; si utatur, videri potius

12) Recte, licet vulgo inter filium suum, de quo *d. L.* 42. §. 2. & emancipatum, de quo *d. L.* 2. loquitur, distinguens. Goth. *in not. d. d. L.* 2.

Digitized by Google

tius suo jure fecisse, quam nullo. Usurpatum in *L. merito*, *D. pro sic.* conjectura ducta ex sensu hominum communi; quod nemo facile existimandus sit eam viam inire, qua se furti obliget, aut suscipiat existimationem hominis improbi, & ejus, qui injuria quid faciat. *d. L. merito.*

XVIII. Postremo quædam sunt, quæ heres facere potest in rebus hereditariis non solum cum effectu, sed etiam jure, quamvis heres non sit: veruntamen non potest suo nomine, quin sit heres. Veluti si tractet res hereditarias, ut tueatur; ut si agros colat, ædes reficiat, familiam alat, pascat pecora, & jumenta. Quæ quivis in rebus alienis facere utiliter potest, & jure, dum aliena negotia administrat. *L.* 1. *L. sive hereditaria*, *D. de neg. gest.* cujusmodi est etiam, si æs alienum hereditarium exsolvat. Nam & solvere quisque pro debitore potest: ut eum etiam invitum, & ignorantem liberet. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Sed hæc ita sunt, si quis ista faciat alieno nomine. Aliter, si faciat suo, ubi non possit suo nomine facere, nisi ut in rebus suis: nec possunt res ejus esse, nisi prius heres extiterit. Quid ergo, si simpliciter ista fecerit, ut non appareat, cujus nomine? Et de his idem placet, quod de superioribus; ut si quid horum fecerit, videatur gessisse pro herede; & generaliter definiendum: quod heres suo nomine facere jure non potuit, nisi sit heres; id simpliciter facientem videri suo nomine fecisse quasi heredem, ac pro herede gessisse. *L.* 2. *C. de jur. del. d. L. pro herede*, *ver. servos*, *de acq. her.* At cur hoc modo potius, cum possit jure hæc eadem facere heres ut in alienis rebus: non sit autem necesse id accipi, quod constet aliter fieri posse? *d. L. neque C. de prob.* Capitur hic quoque conjectura ex affectu hominum communi: quo fit, ut, dum quis suo nomine facere quid potest, & alieno sibi videlicet consulturus; aut alii existimetur sic affectus esse, ut sibi bene esse malit, quam alteri; eoque & suo nomine potius facere voluisse quam suo, idque ita significatur in *L.* 4. *D. de sol.* Quæ si ita sunt, jam commode, & certo una definitione hæc omnia complectemur; definiemusque hoc modo: quidquid heres in rebus hereditariis utiliter, vel suo jure, vel suo nomine facere non potuit, nisi sit heres; ut maxime facere potuerit inutiliter, aut nullo jure, aut alieno nomine, quamvis heres non esset, puta tanquam in rebus alienis: semper si faciat, hanc conjecturam capi in his omnibus, ut utiliter & suo jure, & suo nomine potius videatur fecisse, quam contra: ideoque in omnibus videri pro herede gessisse.

XIX. Quod de rebus hereditariis diximus: eadem animi significatio est in herede, si eadem facit in aliis, quam hereditariis, dum putat esse hereditarias. Ut puta; rem aliquam suam, aut sibi pignori obligatam ignorans, quia in hereditate invenit, putavit esse hereditariam; itaque in hoc errore pro hereditaria possedit, distraxit, aut ea usus est. Non quid suo jure facere possit, non hereditario, sed quid jure hereditario se facere existimet, spectamus: dum id gerit quasi heres. Placetque ideo & eum hoc modo pro herede gerere videri. *L. gerit*, *D. de acq. her.*

XX. Sed hoc totum meminerimus dictum esse in re dubia, & voluntate heredis obscura. Quod si constet aliquid ex iis, quæ supra scripta sunt, fecisse heredem non hoc animo, ut heres esset: redibimus ad regulam initio positam, facti quidem hæc esse, gerere pro herede: at non tam facti; quam animi. Ideoque animo remoto, eum, qui, quid eorum fecerit, non intelligi pro herede gessisse.

XXI. Quatuor sunt autem, ex quibus cum antecesserint, deprehendatur non fuisse hunc animum in herede: quæ eadem & illi quominus videatur pro herede gerendo heres exstitisse, defensionem afferant: amotio rei, quam attingit; venia rei attingendæ a magistratu impetrata; error heredis; & ejus testatio.

XXII. [13] Amotio rei; si rem hereditariam, quam nunc tenet, aut quam distraxit, prius quasi surripiens, aut expilans subduxit. Hoc qui facit, pro herede non gerit, inquit Ulpianus. Nam admissum contrariam voluntatem declarat. *L. si quis extraneus*, *in pr. de acq. hered.* Recte contrariam. Contraria sunt enim fraudulenter re aliqua uti, ut fit in furto, *L.* 1. *in fin. D. de fur.* & re uti pro sua. Nam re sua utitur quisque suo jure. Et quoniam jure, non utique dolo: ut juxta regulam juris, nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. *L. nullus. D. de reg. jur.*

XXIII.

13) Unar. *d. C.* 8. aliud esse in suo herede, qui amovendo sese immiscet, *L.* 71. §. 3. & *seqq. h.* Verum non ita est; sed obstringitur oneribus hereditariis, non ob ammistionem, sed ob defectum alterius conditionis, sub qua conceditur abstentionis beneficium; vid. supr. *Cap.* 2. *N.* 20.

XXIII. Venia distrahendi, & gereudi res hereditarias, prout res exigit, impetrari solet a prætore, cum heres tempus ad deliberaudum accipit; dum hoc cavetur, ue res tractu temporis deteriores fiaut, aut pereaut. *L. Aristo. D. de jur. delib.* Qui ex illu res curat, aut distrabit, re ita exigente, dum deliberat, recte placet, eum pru herede gerare non videri. *L. pro herede*, iu pr. vers. *servos, de acq. hered.* Impetratio enim præeadens declarat eum non id facere velle ut in re sua. Aliuqui id per se suo jure, & sine venia faceret: cum superfluam sit precibus postulare, quod jure publico permissum est *L. unica. C. de thes. lib.* 10.

XXIV. Error heredis iu re hereditaria eumdem auimum detegit. Nam si quis rem vere hereditariam possidet, eaque utitur. pro sua; sed errans, dum putat, aliu jure suam esse, quam hereditario; palam est; eum nou quasi heredem id facere, qui re, ut sua quidem, at non ut hereditaria, & quam suam esse, ut hereditariam velit, utitur. *L. eum bonis, d. L. pro herede*, iu pr. vers. *servos, de acq. hered.*

XXV. Aperta [14] testatio heredis de animo ejus dubitare uun siuit, cum initiu testatur, se quid eorum, quæ supra diximus, non gerere hoc auimu, ut velit heres esse, sed ut negotia hereditaria administrat ut quivis extraueus. Ne delabantur, ant ut heredibus legitimis, vel substitutu consulat. Hæc vero testatio iuitio iuterposita heredem adversus superiora omnia tuetur, ue pro herede garere videatur, & ita obligetur uneribus hareditariis. *L. & si quis, §. plerique D. de rel. d. L. pro herede*, iu fi. *pr. de acq. her.*

14) Vid. Zoan. *Rer. quotid.* C. 43.

CAP. IX.

Aditionem hereditatis ita animi esse, ut regulariter nec sine animi destinatione extraneis heredibus acquiratur hereditas; & contra in quibus animus est hereditatis acquirendæ, per eos acquiratur. Utramque partem incidere in dubitationem propter certas personas. Priorem quidem propter furiosos, infantes, impuberes, in quibus nulla animi destinatio est, aut non certa. Posteriorem autem propter eos, qui sub tutela, vel cura sunt, item servos, & filiosfamilias; quorum illi se hereditati obligare per sese; hi invitos obligare eos, quibus hereditas quæritur, non possunt. Hinc de his ordine, quomodo his, & per eos, quorum opera, & quatenus hereditas acquiratur. Obiter demonstratum, nec per procuratorem, nec per curatorem hereditatem acquiri posse.

Aditionem hereditatis ita animi esse, ut nec sine ejus destinatione ea acquiratur, & contra in quibus est animus ejus acquirendæ, per eos acquiratur. Horum utrumque in dubium venire propter quasdam personas, & quæ nam hæ sint, quidve juris in singulis. I.
Quid de pubere furioso. II.
Quid de impubere. III.
De infante quid. IV.
Per procuratorem hereditatem acquiri nulli posse. V.
Nec per curatorem adolescenti, aut prodigo. VI.
Quid de servo, & filio familias. VII.
Inter patris, dominique jussum, & auctoritatem tutoris, vel curatoris hoc interesse, quod illud præcedere debet, hæc perfecto negotio interponitur. VIII.
Huic sententiæ de auctoritate tutoris interponenda perfecto negotio conciliatur altera: tutorem statim in ipso negotio præsentem debere fieri auctorem. IX.

I. EX his apparet, quæcumque facta superiora sunt, quibus pro herede geri solet iu his umuibus solum animum spectari, & valere ad acquirendam hereditatem: postquam videmus, si constet, in his heredem non esse hoc animo, ut gerat quasi heres, idest, ut velit heres esse; ue eum quidem pro herede gerere, aut heredem fieri. Et coutra, ubi animus deesse uon probatur, sic eum superioribus

factis

factia, & garere pro herede, & heredem exsistere, ut tamen fiat heres, non quia quid eorum fecit, sed quia heres esse voluit: tantum antem factum adbibitum sit nt voluntas declararetur. Hæc en pertinent, ut redeamus ad eam summam, quæ initin posita est, bereditatem extraneis heredibus animn, & eo soln acquiri, dum hnc animo sunt, ut velint esse heredes, seu bereditatem ad se pertinera, quæ delata est. Declarari quidem hunc animnm varia, & ad summam duobus illis gencribus, quæ exposuimus. Sed quocumque modo in his voluntas declaretur, nunqnam beraditatem acquiri nisi snimo; & cum animus intervenerit, acquiri animn solo. *d. §. ult. Inst. de her. qua. & dif.* In quo duo ad acquirendam bereditatem pertinentia statui apparet: nimirnm & sine animo non acquiri heredi baraditatem: & cum erit animus bereditatis acquirendæ, hanc acquiri. Quorum utrumque cum propter quasdam personas in dubium veniat; de eo amplius dispiciendum est, ut jus efficiatur certum in utramque partam, & ratin acquirendæ hereditatis constituatur. Primnm hoc statuimus, cum voluntate, & destinatione animi acquiratur hereditas; uisi quis boc animo sit, ut velit heres esse, buic bereditatem non acquiri. De iis qui velle possunt, neque volunt, ant etiam ultro repudiant, nulla dubitatio. Quæsitum est de iis, qui ant natura velle non possunt, aut non certo judicio, & destinatione. In quo numero sunt furinsus, infans, impubes. Furinsi nullam voluntatem esse constat. *L. furiosi, D. de reg. jur.* Infans nibil intelligit, eoque non multum distat a furioso. *§. pupillus, Institut. de inutil. stip.* De impubere non dissimiliter scribit Paulus in *L. pupillus, D. de acq. her.* hujusmodi ætatem neque scire, neque decernere posse, non magis quam furiosum. Quid ergo fiet, si hi aut heredes instituti erunt, aut ad legitimam heraditatem vocati? Et in omnibus retinetur jus superius ad hunc modum; ut in quibus nulla voluntas est, qualis est furiosus: hi delatam sibi hereditatem quærere non possint nec per se, nec per alium, nisi sint & iidem infantes. In quibus autem a natura est aliqua facultas voluntatis, hi sic acquirere hereditatem possint, quod eorum judicio deest, auctoritate adhibita tutorum, vel curatorum suppleatur. Nisi quod & infanti hereditatem delatam placet, singulari, & constituto jura ei etiam per alios acquiri posse.

II. Ergo furiosus ad hereditatem ex testamento, aut ab intestato vocatus, quando [a] velle uihil potest, qui plane nibil intelligit, hereditatem sibi acquirere non potest. *L. furiosus. D. de de acquir. her.* solum non posse constat. Sed hoc dicimus, nec posse adhibita tutoris, aut curatoris auctoritate. *L. in negotiis. D. de reg. jur.* quia prius est, ut quid ipse animo gerat, quam ut gestum tutor, vel curator comprobet, id est, auctor fiat. *L. 3. D. de auctor. tut.* Quid pater, aut tutor, curatorve furiosi, an non ejus nomine beraditatem adire, & ei acquirere possunt? Sed jus superius prohibet cuiquam hereditatem non volenti acquiri. Prohibet & naturalis ratio acquiri bereditatem, ne invitus æri alieno obligetur. Arg. in *L. 6. in pr. de acq. her. L. Solvendo. D. de neg. gest.* Et hoc ita, uisi furiosus sit infans. Quod enim hic tribuitur infanti non furinso, multo magis tribuendum est infanti, & furinso. Itaque quod de infante dicetur postea, & in furioso infante erit servandum. Puberis furinsi curator ex constitutione Justiniani hereditatem furinso delatam admittere potest. Sed hactenus proficit agnitio, ut hereditas quamdiu furiosus vivit, per curatorem administretur, & si resipuerit furiosus, & admiserit bereditatem, ei restituatur. Sin aut in eodem furore decesserit, aut compos mentis factus hereditatem repudiet, nihil illi intelligatur quæsitum, sed bereditas ad eos revertatur, ad quos perventura erat, si furiosus non obstitisset. *L. ult. §. tali. C. de cur. fur.* Quod & in tutore furiosi impuberis, qui infantiam excesserit, admittendum est.

III. Impubes sanæ mentis, nec si major sit infante, id est, si septem annos excesserit, solus hereditatem acquirere potest. *§. neque tamen, Inst. de auct. tut.* sive quod non potest obligari pupillus sine tutoris auctoritate, quam rationem & ante reddidimus; *L. obligari, D. de auct. tut.* Sive quod hereditas acquiritur animi destinatione, quæ destinatio in eam ætatem, ut dixi, non cadit. *d. L. pupillus, de acq. her.* At post impletos septem annos potest impubes & hereditatem adire, & pro herede gerere, & bonorum possessionem petere, vel consentiente patre, si in ejus potestate sit; vel cum tutoris auctoritate, si sit sui juris; vel si non habet tutorem, potest adire prætorem, & ejus decreto hoc consequi. Hoc in *L. si* infan-

a) *L. 47. in fi. h. t.* nec sensum habet *L. 22. §. 7. Sol. matr.* [illegible] *Hot.* [illegible] *Obser.* 6 *P. Fab. ad L. 5. de R. I. p. 42. & seq.* Quæ de furiosis jure disposita, quæque illis denegata scite congessit, *Goth. ad L. 18. §. 1. de off. præs.*

Digitized by Google

infanti, §. *ult.* *C. de jur. del.* De patris auctoritate quod hic dicitur, quam ei non adversetur. *L. ult.* §.1. *D. de verb. obl.* ibi ostendi.[2] Tutoris auctoritas sic ad acquirendam pupillo hereditatem valet, ut nihil intersit, quis tutor auctor factus sit, isne, qui tutelam gerit, an vero honorarius, qui non gerit. *L. potuit, C. de jur. del. L. pupillum. D. de acq. her.* Quod adjicitur de hereditate pupillo acquirenda ex decreto prætoris, explicatur pluribus in *L. bonorum, C. qui admit. ad bo. pos.* Horum omnium auctoritate interveniente, non mirum, si hereditas pupillo acquiritur. Etsi enim ex jure superiore non acquiritur hereditas nisi certa voluntate: hæc autem voluntas in pupillo non est; auctoritas tamen superiorum accedens facit, ne jus superius videatur offendi. Quod enim judicio impuberis deest, istorum auctoritate suppletur; idque ita benigne, & utilitatis caussa accipitur, ut Paulus scribit in *L. quamvis*, §. *ult.* *D. de acq. poss.* Cui congruit, quod idem ait hanc acquisitionem favorabiliter pupillo præstari, in *d. L. pupillus, D. de acq. her.* Quid pater, aut tutor, soli non possunt pupillo ignoranti hereditatem acquirere? Non possunt. Ipsius, cui acquiritur, actus, & voluntas est necessaria, ut est in *L. potuit, C. de jur. del.* Idque ex eodem illo jure efficitur, quo placeat, nulli hereditatem nisi voluntate acquiri.

IV. De[3] infante, idest, minore septem annis

2) Obst. *L.* 4. *de auct. tut.* Duar. *h. t. C.* 4. Respondeo, in *d. L.* 49. *h. t.* referri tantum opinionem, quæ in *d. L.* 4. reprobetur. Responsio hæc non solvit, sed astruit antinomiam. Azo ref. Goth. *in not. d. L.* 4. vult in *d. L.* 4. interdictam fuisse a prætore administrationem tutori honorario; & ita etiam Fac. 5. *Q.* 79. distinguit inter tutorem, qui gerere possit *d. L.* 49. & qui prohibetur *d. L.* 4. Sed durum hoc, ac verbis LL. vix conveniens, redditurque sic species *d. L.* 4. omni dubio carens. Goth. *d. loco* post Cujac. 4. *ad Afric.* ad *d. L.* 49. diversam esse rationem traditionis *d. L.* 4. quæ facti potius est, quam animi, & aditionis *d. L.* 49. quæ animi potius, quam facti. Tricæ hæ rem impediunt magis quam expediunt. Non traditio tantum nulla in *d. L.* 4. sed & venditio, quæ non minus animi est. Forte hæc verior ratio quia in *d. L.* 4. agitur de deminuendo, in *d. L.* 49. *h. t.* de acquirendo. Et non ideo administret consensum aditioni præbens, sed hereditas acquisita alterius contutoris administrationi subiicitur.

3) Definitio infantis tradita in *d. L.* 18. & §. 4. Et consentient *L.* 1. §. 2. *de admin. tut.* ubi, qui supra septimum annum ætatis, opponuntur iis, qui fari non possunt, & *L.* 14. *de Sponsal.* Cujac. *de Præscr. Cap.* 25. Vult. 1. *Jurispr.* 4. n. 24. Menoch. e. *de Arbit. Ca.* 57. n. 9 & 17. Neque hanc descriptionem quisquam antehac unquam, opinor, in contentionem vocavit. Quam tamen primus A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Princ.* 6. *Illat.* 8. *pag.* 813. & *seq.* subvertere incassum laborat. Is scribit, infantem esse qui fari non potest, seu loquelæ impos adhuc, sive septem annis minor sit, sive major. Et quando in LL. habetur, eum, qui fari potest, hereditatem adire posse, *L.* 9. *h. t.* & similia, id intelligendum esse, etsi sex, vel quinque annis minor sit, modo sermone articulato utatur. Infantem Jurisprudentiæ veteri dictum fuisse, qui loqui nondum potuerit, non qui septennio minor, aperte liquere ex *L.* 3. *Cod. Qui admitti ad bon. poss.* Nullius honestatis rationem hic exigere infantia, æque ac pubertas, certos annos natui, sed hoc ex reipsa, sine ullo incommodo, æstimari posse. Primum (o miserum) Tribonianum invito jurisprudentia hanc definitionem invenisse in constitutione Theodosii *d. L.* 18. *C. de I. delib.* Ab eodem responsa prudentum in *d. L.* 1. §. 2. & *d. L.* 14. depravata esse. Sed nimio insectandi, invectendique miserum, & sæpius innocentem Tribonianum (qui plus hodie e malleo Fabri, quam quondam Priscianus a manibus barbarorum, vapulat) præceps agitur vir alias acutissimus, & bene de legitima scientia meritus. Qui tamen melius mereri posset, si omne studium quod magnam partem ad impugnandum jus Justinian. confert, ad tuendum, & honorem ejus asserendum ei conferre liberet. Videtur sane Fabri opinio origini vocis inniti. Fatetur, verba sunt Varronis *Lib.* 5. *de Ling. Lat. f. m.* 1145. qui primum homo significabilem ore emittit vocem. Ab eo, antequam ita faciunt pueri, dicuntur infantes, cum id faciunt jam fari. Creberrime autem nostri ita circumscribunt infantem, qui fari non possunt, vel eos illis, qui fari possunt opponunt *d. L.* 1. §. 2. *de admin. tut. d. L.* 9. *h. t. L.* 70. *de V. Obl.* 6. *Rom. pup. sal. fol.* 5. *de R. I. L.* 26. *C. de donat.* Sed si hunc primævum verbi usum sectaris, non jam fere sexennes, ceu posuit Faber, aut quinquennes, sed cuniculi, ac homines plerique, quos dimidiata verba (ut loquitur Arnob. *Lib.* 8.) tentare quotidie audimus, infantes non erunt, deque iis solis LL. quæ affectum, sensum, consilium infantibus esse negant, accipiendæ. Contra autem mutus erit perpetuo infans, quod nec juris, nec loquendi usus admittit. Quod si eum, infantem esse contendit Faber, qui pleno, & perfecto sermonis usu destituitur, & jam fundamento illo suo a vocis etymo sumpto, dejicietur: & ea ratione adhuc mutos infantibus accensebit, eòque ut & omnes, qui voces articulate efferre nequeunt, quique vel ἀσαφῶς vel ἀτόμως, ut est in *L.* 9. *de ædil. ed.* loquuntur, licet vel majorenes sint, effectum, consensum, consilium habere negabit, pœnisque delictorum eos solvet, & eximet. Fari igitur cum dicunt nostri eum, quem infanti opponunt, non quemvis opinor sermonem, etiam inconditum, & incompositum, intelligunt: nec etiam omnes voces, ac literas perfecte exprimi exigunt, quasi blæsos, & balbos excludant, pluresque, qui litteram R. loqui nesciunt. Sed fari illis dicitur, qui vocem ita effert, ut aliquo modo sciat quid loquatur, aliquemque intellectum sui sermonis habeat per §. 10. *I. de inutil. stip.* quod ex certis ætatis annis, quibus ut plurimum usus intellectus sese exserit, dijudicari commodissimum. Et sane licet ex Varronis *supr. d. lo.* constet quod primævum usum, & ortum, minus fuisse fari quam loqui, deprehendisse tamen mihi videor usum insequentem quem penes loquendi norma est, id immutasse, ut vocis *fari*, significatum, apud probatos auctores, propius ad usum verbi dicere accedat *Virg. L.* 11. *Aen.*

Postquam introgressi: & coram data copia fandi,

Venulo scilicet apud Diomedem, ubi non intelligitur loquendi, sed dicendi, legationis causam, & quæ in mandatis a domino suo habebat, exponendi potestas. Et paulo prius ibidem;

Et Venulus dicto parens ita farier infit:

id est orationem exorditur, qua gesta legationis, quam obierat, refert. Et alias passim effari, effari, & similia apud Virgil. non dispari sensu reperire est. Huc facit locus *Tullii* 3. *de Orat.* *Modo hoc constet neque infantiam ejus, qui rem noverit, sed eam explicare dicendo non queat*, &c. Ecce hic *infantiam* intelligit Cicero dicendi, non loquendi inopiam. Sicuti & Symmach. *Lib.* 1. *Epist.* 1. *in fin.* & *Epist.* 14. Quod ipsum & derivata confirmant. A *loqui* dicitur loquax, a *fari* facundus, Varro. *d. lo.* Facundus autem dicitur disertus, qui ea, quæ mente concepit, ad audientes, facile, atque ornate perfert Nicol. Perott. *Cornucop. in* 1. Martial. *Epigr. f. m.* 45. Hinc & *fatuus*, quasi fari nesciens, Perot. *d. lo. f.* 39. ubi certe fari plus est quam loqui. & Fatum quasi deorum certo, deliberato, & immutabili consilio effatum. Satis igitur intentum, opinor, nec vocis usum, ortumve Fabro suffragari, & convenienter vocis *fari* significationi dici infantem, qui licet verba proloqui possit, non tamen ea mente vere prius concepit, magisque ea ore prompte, quam animo recondita habet. Videamus quam sit juris rationi conveniens certam hic ætatem præfiniri. Præmittam tamen pau-

ca

annis, cui hereditas testamento relicta sit, vel ab intestato delata, novum jus, & singulare constitutum est a Theodosio in 4) *L. si infanti, C. de jur. deliber.* Novum cum in acquirenda infanti hereditate, tum in transmittenda. In acquirenda, primum, quod contra jus superius de hereditate voluntariis heredibus acquirenda constituit, ne sit necesse in eo requirere actum infantis, si modo ii adeant, per quos vult hereditatem ei acquiri posse: cum prius ita receptum esset, ut quisquis auctor fieret infanti, saltem infans pro hereda gereret illo auctore. *L. servo, §. si pupillo, D. ad Trebell.* Deinde quod aliis dedit adeundi, & acquirendi potestatem, quam patri, qui infantem in potestate haberet. Sic enim hac parte constituit, ut parenti masculo, qui infanti proximus gradu esset, liceret nomine infantis adire hereditatem, aut bonorum possessionem petere, ac quisquis id fecisset, hereditas ipsa acquireretur pleno jure infanti; quæ, deinde infante mortuo ad heredes ejus omnes transmitteretur: nec referret, utrum infans in ejus parentis potestate esset, an non esset. Parente autem nullo exstante, ut liceret tutori idem facere. Quo facto similiter hereditas pleno jure acquireretur infanti, unde & ipsa, eo mortuo, ad heredes infantis transferretur. Aliter atque in hereditate furioso delata fieri diximus, cum per curatorem furiosi nomine adita est. In transmittenda autem ea hereditate hoc novum, quod in parente constituit, ut si is neglexerit infantis nomine adire, & infans intra infantiam decesserit, nihilominus transferatur hereditas non ad quosvis infantis heredes, sed tamen saltem ad parentem, cui potestatem facit eam hereditatem jure patrio quasi jam ante infanti quæsitam capiendi.

V. His personis exceptis, jus superius confirmatur, nulli extraneo heredi, nisi voluntate ejus, hereditatem acquiri. Immo varo

ea de aliis hujus verbi infantis significatibus. Interdum infans usurpatur qui in utero est, ut Lucæ 1. *vers.* 41. & in *L.* 8. *C. ad L. C. de sicar.* (ex vulgari expositione probata Cujac. 6. *Obs.* 21. a qua sine causa satis firma, recessit Rav. 3. *Conject.* 2.) de quo Infante latissime Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. gl. susceperit liberos n.* 144. *& seqq.* Aliquando significat eum, qui recens luci expositus & (ut loquitur *L.* 3. *C. de post. her. inst.*) in terram cecidit (qui & sanguinolentus, vid. not. *sup. Lib.* 2. *Cap.* 25. *N.* 8.) ut in *L.* 16. *de sta. hom. L.* 19. §. 7. *locati Rubr. & L.* 3. *C. de infant. expos.* Aliquando filium, filiamve cujuscunque ætatis, ut in *L.* 41. §. *ult. de leg.* 3. ut hoc posterius recte observavit Gilb. *Reg.* 2. *Enant. ult.* quomodo & quivis filii pueri dicuntur, & pueri nobilissimi designati imperii successores: atque hinc, Infantes Hispaniarum; vid. Alb. Gentil. *Lect. Virgil C.* 9. Aliquando & ad animalia trahitur hoc verbum. Plin. *Lib.* 10. *C.* 73. *in fi.* Cervos, & apros, si cicurentur, non concipere, nisi ab *infantia* educatos: immo & ad res inanimes. Idem *Lib.* 22. *C.* 22. Nec tamen minor gratia in cibo *infantis* boleti, id est parvi, & nondum edulti. Quo sensu refert Budæ. *Lib.* 1. *de Asse pag.* 32. Columella *Lib.* 4. infantiam vinearum scripsit. Crebriori autem usu infantis ætatem significat septenni minoris: cui scilicet non linguæ, sed mentis, & intellectus usus nondum obtigit, qui, utut verba efferat, quæ auribus percipi possunt, non tamen ea, quæ mente vere concepit effatur. Unde infantia vocatur prima ætas *L. ult.* §. 3. *C. de bon. quæ lib.* (quem omnino noli accipere cum Goth. *in d. L. ult.* §. 1. de ætate cujusvis impuberis, ut opponatur ætati puberis minoris. Nam traditur in *d.* §. 3. in prima ætate consensum filii in acquirende hereditate ipsi delata, non adhibendum, qui utique adhibendus si infante sit major *L.* 5. *C. de I. delib.*) & dicitur infantiæ imbecillitas in *L.* 1. *C. si secundo nups. mul.* quæ certe non ex loquendi impotentia, sed ex teneritudine ætatis. Quid multis. Annos hos infantiæ ipsi IC. statuunt *d. L.* 1. §. 2. *de admin. tut. L.* 14. *de spons.* Tribonianus, obstrepit Faber, hos locos corrupit, quod vel inde patet, quia verba adjecta *d. L.* 14. *si modo non sint, &c.* pugnant cum ipsis ICti verbis anterioribus. Sed iis quæ *d. L.* 14. objicit Faber alio, & suo loco a nobis occurretur. Nunc hoc saltem quæro, Fabrum, cujus rei gratia permotum, quave lucri aviditate (cujus fere Tribonianus quo jure, quave injuria non disputo, insimulari solet) pellectum eos locos pervertisse autumet. Primus autem Tribonianus infantiam annis definiit: Faciat ne Faber Hippocratem Triboniano posteriorem, vel dicet illum, aliarum rerum etiam curiosum, locum quoque Hippocratis corrupisse, qui infantiam inter ætates recensuit, eamque ad septimum usque annum protendi scripsit, teste Menoch. 2. *de Arb. Cap.* 57. *n.* 1. quique *Lib.* περὶ ἀρχῶν a septimo usque ad 14. annum hominem completum reddi scripsit; & Varronem, qui ætatem divisit in infantiam, pueritiam, adolescentiam, juventam, senectam. Nic. Perott. *Cornucop. in* 3. *Martial. Epigr. f. m.* 416. Joan. Stobæ. *de Brevi vita Serm.* 95. Infans, inquit, vitam a lacrymis auspicatur. Antequam loqui possit, querela patitur, flens scilicet & hanc solam habens anxietatis querelam. Ubi septimum deinde annum expleverit, multosque labores passus fuerit, custodes, gymnastæ, magistri ei præficiuntur. Hæc Stobæus aperte infantem ei, qui septimum annum complevit, opponens. Ac medicos hominis vitam ex septenario judicare testatur. Andr. Laurent. *Lib.* 8. *Inst. anatom. Q.* 31, Macrob. *Lib.* 1. *in Somn. Scip. C.* 6. *p. m.* 56. Eodem anno, inquit, id est septimo plene absolvitur integritas loquendi. Auson. denique *Edyl.* 12. pueritiam iniri, itaque infantiam finiri septimo anno comprobat hoc versu:

Indicat in pueris septennia prima novus dens.

Et sane infantiam ex annis in jure æstimari, ex attributis illius cognoscetur. Infantis nullus sensus esse dicitur *L.* 32. §. *ultim. de acq. poss.* nec affectum rei habet, *L.* 26. *C. de donat.* Unde adjungitur & comparatur furioso *L.* 5. §. 2. *ad L. Aq. L.* 60. *de R. V. L.* 7. *C ad Trebell. L.* c. *C. de annal. except.* §. 10. *Inst. de inutil. stip.* a pœna excusatur innocentia consilii, nec tenetur homicidii, *L.* 8. *ad L. Cornel. de sicar.* aut ex aliis delictis *d. L.* 60. *de R. V. d. L.* 5. §. 2. *ad L. Aqu.* nec ingratus esse potest *L.* 33. §. 1. *C. de inoff. test.* Quæ quis non videt ejusmodi esse, ut non in sermonis, sed mentis impotentia, quæ ipsa sit ab ætatis imperfectione, caussam habeant. Quis ea trahet etiam ad octennem, decennem, majoremve, si ei, quod quandoque usu venire videmus, usum perfectæ loquutionis ad id tempus naturæ negaverit? Quis contra eadem in trimum forte cui linguæ impedimentum citius solutum sit, locum non invenire asseret? Istene ingrati crimen committere, homicidii obstringi, &c. poterit? Accedit quod non posset dici aliquis infantiæ proximior, §. 10. *I. de inutil. stip.* si ejus nulli certi anni. Non equidem infitior, quod uti loquela aliis citius, aliis serius obtingit, ita & usus intellectus in aliis maturius sese exeret, quo sensu quædam retuli supr. *in not. Lib.* 3. *Cap.* 14. *N.* 2. hoc tamen dico, expedire, certos annos infantiæ statui, non minus, quam adolescentiæ, licet pro varietate ingeniorum, ætatem sæpe malitia, vel prudentia suppleante *L.* 3. *C. Si min. se maj.* plus aliquando aliquis 18. quam alius 26. anno ætatis sapiat. Sed hæc fere nimis hac de re, ubi præter institutum fui verbosior. Sed dabit, spero, veniam lector affectui in jus Justinianeum tenero, cui hic nonnihil indulsi.

4) Quinque singularia introducta esse in *d. L.* 18. monstrat Doaren. *h. t. C.* 5. *fol* 455. *& seq.* vid. & P. Fab. *ad I.* 5. *de Reg. Jur.* & Tesaur. *Decis.* 88. ubi disputat, an hæc dispositio ad matrem extendenda sit.

vero etiam in aliis omnibus, præter infantem, confirmatur, dum placet eorum aetum, & voluntatem in hereditata acquirenda intervenire debere, etsi eorum voluntas alterius auctoritate adjuvatur. Ex quo efficitur id, de quo sæpe quæsitum est, cum ab infante discesseris, nulli extraneo hereditatem ipsi delatam per procuratorem, aut curatorem, atque adeo per tutorem ipsum acquiri posse. Per procuratorem quidem nulli acquiri potest. Non quod contendam retineri debere [5] lectionem vulgarem in *L. per curatorem D. de acquir. hered.* ubi legitur, *per procuratorem hereditatem acquiri non posse*: sed quia ratione certa id conficitur. Aut enim mandat heres procuratori nominatim, ut suo nomine adeat, vel pro herede gerat: aut, herede ignorante, adit procurator, vel pro herede gerit heredis nomine. Si mandat heres, per se acquirit hereditatem, non per procuratorem. Sic enim statim heres efficitur suo facto, & sua ipsius voluntate, ut non sit exspectandum aliud factum procuratoris. Nam hoc qui mandat, statim declarat, se velle hereditatem ad se pertinere: statim animo agnoscit successionem. Hac declaratione atque hoc animo unusquisque statim heres efficitur. §. *ultim. Institut. de hered. qualit. & differen. L. gerit. D. de acquir. hered.* si procurator, ignorante herede, adit hereditatem ejus nomine: hereditatem ignoranti quærere non potuit: quoniam volenti solum acquiritur: ignorans autem vulla non putuit. Huc accedit, quod procurator invitum, aut ignorantem heredem æri alieno obligare non potest. Arg. in *L. 6. in pr. D. de acq. her.* Quod si postquam procurator adivit nomine heredis, heres ratam habet; fit quidem ipse heres sua voluntate, ut jus publicum est; sed per se, quia efficitur tunc primum suo facto, & sua voluntate, ultra quam ad acquirendam hereditatem nihil requiritur: non efficitur per procuratorem, qui ante nec quæsivit eam, nec ad eam acquirendam quidquam contulit. Nam etsi quievisset, & nunc monitus heres hereditatem sibi delatam, vellet heres esse, tantundem consequeretur.

VI. Sed nec per curatorem adolescenti, aut prodigo hereditas acquiri potest, ut recte legitur in Pandectis Florentinis in *L. per curatorem. D. de acquir. hered.* Nam nec [6] per tutorem acquiri potest pupillo non infanti. Sive enim tutor, aut curator soli adeunt, non acquirunt pupillo, aut adolescenti hereditatem. *L. potuit, C. de jur. deliber.* Usque adeo, ut nec ex constitutione nova Justiniani per curatorem furiosi hereditas acquiri possit furioso. *L. ult. §. tali. C. de cur. fur.* Sive minor, aut prodigus auctoritate curatoris, aut pupillus auctoritate tutoris hereditatem adeunt: ne sic quidem dici potest, istis per curatorem, aut tutorem hereditatem acquiri, etsi re vera his acquiritur. Acquirunt enim ipsi per se, quia suo facto, & sua voluntate, etsi ad comprobationem accedit curatoris, aut tutoris auctoritas. Nam & servo, aut filiofamilias hereditatem sibi delatam adeunti adhibetur ad rectam aditionem voluntas, & consensus domini, & patris. Per servum tamen, & filiumfamilias hoc modo here-

5) Quam probat Cont. 2. *Subsec. lect.* 17. sicque legi refert in vetustis membranis, & in notulis ad eas adscripta esse hæc verba; *quia in sola voluntate consistit, & ita mandando statim adire videtur, sicut jubendo.* Quam rationem probat Contius alias addens, ut secundam rationem mandari solent quæ negocium aliquod continent; Aditio autem sola animi destinatione expeditur, nec negocium continet *L. 8. C. de I. delib.* 3. Ea natura est hereditatis, ut in quo semel, vel momento hæsit, in eo relinquat jus directum. Quare Procurator seipsum faceret heredem. 4. Non alius adire potest, quam cui delata est. 5. Nec per servum, ac filium acquiritur domino vel patri, nisi servo vel filio delata sit, nec pater sibi delatam per filium acquirit. (quod & tradit P. Fab. 2. *Semestr.* 22.) 6. Nihil per Procuratorem acquiritur excepta possessione, & per eam dominio; vid. *infr. Lib.* 9. C. 7. Singulare jus hic est in Procuratore Cæsaris *L.* 1. *in fi. de off. proc. Cæs.* Aliud ergo jure communi: Hæ sunt rationes Contii, & probæ, quarum postrema movetur & Cujac. 1. *Obs.* 34. & Hot. *ill. Q.* 34. & 2. *Amic.* 34. qui & movetur, quod omnes legis actiones præsentiam requirunt, nec alieno nomine fieri possunt *L.* 123. *de R. I.* Et hinc olim Senatores Romani in Provinciis heredes instituti impetrare solebant liberam legationem, hereditatis adeundæ causa, de qua in *C.* 14. *de legat.* Cujac. 9. *Obs.* 29. Hot. 9. *Obs.* 4. A. Gent. *Lib.* 2. *de legat. C.* 8. quam tunc necessariam fuisse puto, quando testamento cernere hereditatem jussi erant, per ea, quæ *Cap. preced.* Contra Duar. *h. t. C.* 41. *cit. fi.* & 2. *Disp.* 27. non posse regulariter adiri per Procuratorem generalem; atque in eo quid præcipuum habere Procuratorem Cæsaris *d. L.* 1. *in fi.* quod etsi generalis sit, hereditatem suo domino, Imperatori, acquirat; posse per specialem, adeundi causa constitutum. Tum enim constituentem non cogitare de hereditate statim acquirenda, sed medio tempore quasi deliberare velle. & sequitur Vachin. 6. *Contr.* 96. Sed hæc debilia sunt. Rævard. *de Auct. prud. C.* 15. utramque sententiam veram esse diversa ratione. Non posse per Procuratorem acquiri sine fiducia; posse interposita fiducia. Licet enim alieno nomine lege agi non liceat, mancipatione tamen fiduciaria posse. Ut si Romæ vendam fundum, in municipio longinquo situm, non erit necesse eo excurrere, si fundum procuratori mancipo, adjecta fiduciæ clausula, ut is remancipet. Sic & hic, inquit Rævard. Si hereditas adeunda in provincia de eam mancipio procuratori, sub remancipationis clausula, ut eam in provincia suo nomine (& sic non offenditur *L.* 123. *de R. I.*) adeat, aditam mihi remancipet, ita Rævard. Quæ si vera essent juxta jus vetus, eorum tamen hodie, sublato mancipationis usu, usus nullus. Sed vera non sunt nec jure veteri. Quomodo enim potest, mancipio dari hereditas, quæ nondum acquisita; nam si quæsita esset, quid istis ambagibus opus? Et ea ratione fraus fieret solemnibus legis. Obstant denique omnes rationes Contii ante relatæ. Aliter disserit nove Marc. Lycklamo *Lib.* 3. *Membr. eclog.* 18.

6) Ita & Cujac. 1. *Obs.* 34. utramque lectionem, & Florentinam & vulgatam probans, & P. Fab. 2. *Semestr.* 22. Florentinam præferens & Briss. *Lib.* 1. *de Solut. pag.* 361.

hereditas acquiri dicitur, non per dominum aut patrem. *L. placet*, *D. de acq. her. L. acquiruntur*, §. 1. *D. de acq. rer. dom.*

VII. Sed ut heredi extraneo, cui sit delata hereditas, & qui sciat sibi delatam, ea nisi animo non acquiritur: ita alterum statuimus, ut quisque, qui eodem jure sit, animo velit heres esse, qui quidem velle potest, hunc animo solo, & sola voluntate, quæ aliquo modo testata sit, hereditatem acquirere. Quod & verum est, & perpetuum. Sed meminerimus, sic accipiendum esse, dum nihil interveniat extrinsecus, quod impediat acquisitionem, quod supra Cap. VI. hujus Libri diximus, si is sit heres, qui obligare non possit eum, qui quæsiturus est hereditatem. Onus enim æris alieni hereditati adjunctum esse. *L. more*, *D. de acq. her. L. ult. C. de her. act.* ita fieri, ut si quis hoc onus subire non potest, non possit hereditatem acquirere. Hujusmodi heredum duo genera esse diximus: eos qui sibi acquirentes sub tutela, vel cura sunt: quo in numero sunt pupilli, adolescentes, prodigi (nam de furiosis, quorum nulla voluntas est, hic non agimus) item eos, qui alterius potestati subjecti ei acquirunt: cujus generis servi, & filiifamilias. Quomodo igitur hereditas bis delata acquiretur? Non utique aliter, quam per eos. Nam & pupillo delata hereditate, ipsius actum, & voluntatem necessariam esse diximus. *L. potuit*, *C. de jur. deliber.* quod multo citius in puberibus dicendum est, in quibus plus judicii est, & voluntas certior. Servi adeo ipsi heredes ab extraneo instituti in ea caussa sunt, ut adire hereditatem debeant: ac nisi adierint, ea dominis non acquiritur. Possunt autem quamvis a domino jussi nolle adire. *L. 3. C. de hered. institut.* Sed cum superiores non possint soli acquirere, aliorum voluntate adjuncta, per quos adversus metum obligationis prospectum esse potest, recte adibunt, & acquirent. Qui sub tutela, vel cura sunt, auctoritate eorum, a quibus reguntur: pupilli quidem tutore auctore, etiam si tutelam non gerat. *L. pupillum*, *D. de acquir. hered.* aut si tutorem non habent, auctoritate, & decreto magistratus. *L. si infanti*, *in fin. C. de jur. deliber. L. bonorum. Et qui adm. ad bon. posses. poss.* de quo ante diximus. Adolescentes autem, & 7) prodigi adhibita curatoris auctoritate. *L. cum quædam*, *C. de administ. tut.* Quod tamen de adolescentibus iis dictum accipi volumus, qui curatorem habent: nam qui non habent, per se contrahere, & obligari possunt: ideo & hereditatem acquirere. *L. 3. C. de in integ. restitut.* Qui autem in aliena potestate sunt servi aut filiifamilias, jussu ejus adibunt, cujus sunt in potestate, cui eidem quæsituri sint, hereditatem. *L. acquiruntur*, §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* Sic enim fiat, ne invitum dominum, aut patrem obligent, cum illis volentibus adierint. Quæ caussa fuit hujus jussus exigendi. *d. L. 6. in pr. D. de acq. her.*

VIII. Quo loco notandum est, inter hunc jussum, & auctoritatem tutoris, vel curatoris, quæ ad adquirendam hereditatem necessaria esse volumus, hoc interesse; quod jussus ejus, qui in potestate habet, præcedere debet: auctoritas autem perfecto negotio interponitur: tot enim verbis traditur hæc differentia in *L. si quis mihi*, §. *jussum*, *D. de acq. here.* Nec quisquam, quia de tutoris auctoritate alibi contra scriptum videtur, hanc differentiam repudiet. Nam & per se vera est, & si quis differentiæ rationem quærit, hanc ipsa natura rerum, quæ his verbis significantur, suppeditat, quam & ipsam exigit. Jubemus enim futura, ut fiant. Auctores autem sumus præteritis, & iis quæ facta sunt: si quidem auctorem fieri, est probare id, quod agitur. *L. 3. D. de auct. tut.* probari autem nisi quod ante factum est, non potest.

IX. Sed de auctoritate tutoris contrarium scriptum videtur in *L. obligari*, §. *tutor*, *D. de auct. tut.* & §. *tutor*, *Institut. eod.* ubi hæc verba sunt: *tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri. Post tempus vero, aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit.* Contraria sunt aliquid fieri debere in ipso negotio, & fieri, debere, aut posse post negotium. Sicque opponuntur ista aperte in *L. pacisci D. de pact.* At post negotium perfectum auctoritatem interponi, & interponi negotio perfecto idem valent. Contraria ergo hæc sunt, tutorem auctorem

7) Immo prodigus solus, & per se adire potest *L.* 5. §. 2. *h. t.* Hot. 4. *Obs.* 6. Haur. a Suerin. *Rep. Lect. C.* 41. etsi hereditas damnosa, ut vult A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Pr.* 3. Nihil enim ex bonis deminuit, sed acquirit. Quod autem obligatur æri alieno, evenit per consequentias. Ergo non spectatur; alias nullo casu posset, quia nequit sub conditione si hereditas solvendo *L.* 51. § *ult. h. t.* quia editio est actus legitimus. Vid. *not. sup. N.* 3. Deinde nec prodigus ita stultus est, ut suspectam hereditatem facile adeat. Neque enim res perdit, ut genio indulgeat &c. Quær. An & repudiare possit? Affirmat & hoc Faber. *d. loc.* 1. *per L.* 18. *h. t.* 2. quia ad repudiandum nullus sumptus requiritur, nulla voluptas, quæ ellicere possit, ut repudiet. Neque hic mores ejus suspecti; sed tantum quoad administrationem eam, qua prodigalitatis materia augeri potest. Ita Faber & recte.

rem fieri perfecto negotio, & eumdem auctorem fieri debere in ipso negotio. Et hoc fatendum est. Sed non ideo loci superiores contrarii. Nam ut quod de hoc loco attigi supra brevius Lib. III. Cap. XIII. id nunc, ubi res postulat, paulo pluribus explicem. In illis verbis, tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, ambigua oratio est; hæc enim verba, in ipso negotio, jungi possunt cum verbo fieri; ut sit sensus is, quem modo diximus, tutorem debere auctorem fieri in ipso negotio. Possunt etiam jungi cum verbo præsens, ut sit sententia; tutor statim auctor fieri debet præsens in ipso negotio; ut duo hic exigi intelligantur; scilicet ut statim auctor fiat, & præsens sit, cum negotium geritur. Prior sententia vitiosa est. Primum, quia pugnat cum *d. L. si quis mihi*, §. *jussum*, *de acq. her.* deinde quia per se falsa est, & naturæ rei, quæ auctoritatis verbo hic significatur, aperte repugnans, ut ante ostendi. Posterior sine vitio. Primum, quia vera citra controversiam. *L.* 1. §. *ult. de auct. tut.* quod & sequentia *d. L. obligari.* §. *tutor* ostendunt; ubi subjicitur, per epistolam interpositam auctoritatem nihil agere. Deinde, quia consentiens cum *d. L. si quis mihi*, §. *jussum*, *de acq. hered.* Hanc igitur sumi oportet, priore illa repudiata, sicut præcipitur, in ambigua voce legis eam interpretationem capiendam esse, quæ vitio caret. *L. in ambigua*, *D. de legi.* Idque eo magis in proposito faciendum, quod sequentia ejusdem §. *tutor.* eamdem sententiam exprimere, & velut enucleare videntur. Ut enim in propositione duo exiguntur a testatore: ut statim auctor fiat, & ut præsens; ita quid his verbis intelligat Cajus, per contrarium sequentibus verbis ostendit, eum sit: *post tempus vero, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.* Post tempus opponit ei, quod dixerat statim: per epistolam autem ei, quod dixerat præsens: ut jam verbo præsentis dubitare non possimus, quin intelligat eum, qui in ipso negotio præsens esse debuerit, non autem per epistolam, aut nuntium auctoritatem interponere.

CAP.



CAP. X.

Quæsitæ hereditatis quis effectus: & de commodis hereditariis, quæ quæsita hereditate heredi adjiciuntur.

I. Atque hi modi sunt, quibus delata jure civili, & directo hereditas acquiritur cum necessariis, tum extraneis, sive voluntariis heredibus. Qua quæsita, deinceps de ipsa acquisitione, qualis sit, quid efficiat, quid heredi secum ferat, cognoscendum. Et acquisitionis hujus effectus duplex est: unus, qui spectatur in persona heredis: alter, qui in re quæsita.

II. Prior hic, ut ipsa acquisitione heres hereditatis in posterum repudiandæ potestatem, quam prius habuit, [1] amittat. Quæsitam successionem, ajunt Imperatores, renuntiando heres nihil agit, sed jus quod habuit, retinet. *L. 4. C. de rep. her.* Primum, quia, ut supra docuimus pluribus hujus Lib. Cap. IV. non potest repudiatione amitti hereditas, nisi quæ delata est. Semel autem quæsita hereditas, delata esse desiit: si quidem semel quæsitam amplius acquirere non licet: *§. sic itaque, Inst. de act.* ea autem solum dicitur delata, quam possumus adeundo consequi. *L. delata, D. de verb. sig.* Deinde, quæ [2] altera, & certior etiam ratio est, quia heres, hereditate quæsita, cœpit obligatus esse creditoribus hereditariis: quod unum est ex hereditariis oneribus, de quibus postea. *L. more, D. de acq. her.* Semel autem obligatus suo facto, ea obligatione se liberare non potest invito creditore, nisi solutione. *L. si servum, §. nunc videamus, D. de verb. obl. L. sicut, C. de obl. & act.* Quare nec poterit heres his se oneribus exsolvere hereditatis repudiatione. Sane propter partem

1) Excip. tamen 1. Minor qui potest in integrum restitui, (ubi quæ observanda sint pete ex *Nov.* 119 *c.* 6.) quod & fidejussori ejus prodest *L. 89. h. t.* & conlusæ actiones restituuntur *L. 57. §. ult. h. t.* Qui metu pactus adiit, *L. 85. h. t.* (de quo vid. *not. sup. Cap.* 8. *N.* 2.) Duaren. *h. t. c.* 6.

2) Hæc ratio, juxta A. Fab. 1. *Jurisp.* 6. *Princ.* 5. *Illat.* 8. vera quidem (& redditur ab ipso Fabro. 14. *Conject.* 1.) sed non germana, hæc perpetua. Nam & regulæ locus, quando nulli adsunt creditores. Certior ratio, quia bona defuncti aditione jam facta sunt heredis. Ac licet dominus possit habere rem suam pro derelicto, tamen efficere nequit, ut censeatur nunquam fuisse dominus. Aliam rationem pete ex notatis *supr.* ex eod. Fabro. *h. Lib. C.* 2. *N.* 21.

tem coheredis deficientis jure accrescendi venientem sit interdum potestas heredi, qui suam partem agnoverit, ejus ipsius partis omittendæ ea lege, ut a toto recedat. *L. cum hereditate*, *D. de acq. her.* Sed hoc propria ratione efficitur, de qua dicetur infra: neque ita multo post, cum agetur de jure accrescendi: quod unum est ex commodis, & incommodis hereditariis.

III. Alter effectus hic est, ut quemadmodum acquisitio hereditatem adjicit heredi, sic hereditas ipsa secum adferat heredi omnia, quæ sunt hereditatis.

IV. Constat autem hereditas, omnisque universi juris successio, sive quæ jure civili, sive quæ prætorio contingat, commodis, & incommodis: quæ ideo utraque ipsa secum ad heredem transfert. *L.* 1. *L.* 3. *in pr. D. de bo. pos.* ac de commodis prius cognoscamus.

V. Commodorum hereditariorum tria sunt genera. Quædam sunt, quæ olim fuerunt defuncti dum viveret: quædam postea hereditati nondum aditæ acquiruntur: quædam aditam sequuntur, eique sunt adjuncta.

VI. Quæ commoda defuncti fuerunt, si in jure versantur, omnia sunt hereditaria: nisi si quæ nominatim excipiantur, de quibus postea. At si quid defunctus habuit, quod facti esset, non juris: definitio hereditatis satis nos admonet, id hereditate [3] non contineri: non esse denique ejusmodi, in quod hereditario jure succedatur. Sic enim definitur hereditas; ut sit successio in universitatem quidem; non tamen in omnia, quæ defunctus habuit, sed in universum jus defuncti. *L. hereditas*, *D. de reg. jur. L. nihil aliud*, *D. de verb. sig.* Ac posterioris generis esse dicitur possessio: *L.* 1. §. 1. §. 2. *D. de acq. pos. L. denique D. ex qui. caus. mai.* cætera commoda, quæ defunctus habuit, jura fuerunt defuncti. Hinc ergo de successione in hæc commoda hæ sunt definitiones veterum: heredem in omne jus mortui, ac non tantum singularum rerum [4] dominium succedere: cum & ea, quæ in nominibus sunt, ad heredem transeant. *L. heres in omne*, 37. *D. de acq. her.* item ea, quæ de jure, & possessione defuncti simul concepta est; cum heredes facti sumus, omnia quidem jura ad nos transire: possessionem autem nisi naturaliter comprehensam ad nos non pertinere. *L. cum heredes*, *D. de acq. pos.* De jure omni quod diximus, fiet certius, cum partibus notatis, in singulis quadrare definitionem reperiemus.

VII. Jus quod defunctus habuit, consistit in his rebus quatuor; in dominio rerum singularum; in jure in rem, quod dominio vicinum est; in actionibus tam in rem, quam in personam; in exceptionibus. In hæc omnia successio est heredis, cum heres exstitit.

VIII. Primum constat, heredem succedere in dominium rerum hereditariarum omnium. *d. L. heres in omne. D. de acq. her. L.* 1. *D. de bo. pos.* At quomodo? hoc ipso quod heres factus est, etiam si earum rerum possessionem nactus non sit: adque adeo etsi an res sint in hereditate, ignoret, *d. L. cum heredes*, *in pr. D. de acq. pos.* In quo jam genus rerum singularum per occasionem hereditatis acquirendarum animadvertendum est

pro

3) Ratio, quia aditione id acquiritur quod fuit hereditatis. Possessio autem in hereditatem non cadit, *L.* 1. §. 9. *si is qui in test. lib. & simil.* ut suo loco Cuias 6. *Misc.* 12. n. 1. Atque hæc obtinent etiam in suis heredibus; quia possessio extincta in persona defuncti, cum sit facti, & cum voluntas, qua retinebatur, morte finem accipiat. Late *supr. Lib.* 5. *C.* 6. nec in filium continuari potest. Et si per suitatem transferretur in filium possessio, transiret quoque per aditionem in extraneum, quia post aditionem nulla est differentia inter suum, & extraneum ratione acquisitionis. Quæ & communis opinio est, Bellon. 4. *Supput.* 15. n. 5. & 6. quam probatur Cujac. *in L.* 11. de *lib. & post.* Tiraq. *in Tr.* le mort saisit le vif. 3. *De lur. præfat.* n. 6. Jacob. Toming. *Decis.* 11. n. 18. & *seqq.* Borch. *de Acq. poss.* C. 8. *n.* 26. Goed. *in L.* 24. *de V. S. n.* 18. Arumæ. *ex Justin.* 10 *in Corollar.* Cornell. a Benthal. *Centur. controv. qq. de Poss.* Q. 24. & A. Fab. 5. *de Err. Prag.* 4. Diss. Accurs. *in L.* 40. *ex quib. ca. mai.* Cons. 6. *Misc.* 12. Conna. 10. Comm. 5. n. 7. Alciat. *in L.* 23. *de acq. poss.* n. 2. (quia, inquit, filius vivo patre habet naturalem possessionem *L.* 2. §. 2. *pro herede.* Eo igitur mortuo, solo animo detentionem naturalem in possessionem veram vertere licet. Necessarium tamen erit, ut animum suum declaret. Sed falsum illud præsuppositum ex *d. L.* 2. § 1. cujus quis sit sensus vid *not. Lib.* 5. *Cap.* 14. *N.* 10.) Duar. *ad tit. D. de lib. & post.* C. 3. *f.* 345. Hot. 5. *Obs.* 22. Forst. 2. *de Success.* 4. n. 17. & *seqq.* & C. 18. *n.* 11. & n. 16. Non juvat hos *d. L.* 30. *ex quib. ca. mai.* Nam loquitur in genere de herede, non de suo herede; & possessio ibi significat usucapionem ut in *L.* 19. *eod.* Cujac. *d. lo.* Pithœ. *in Not. lit.* 16. *coll. LL. Mosaic. pag.* 117. Cisan. *in d. L.* 23. *de acq. poss. n.* 12. Rudolf. Forner. 2. *Rer. quotid.* 25. ostendens, non raro, quorum alterum sine altero esse nequit, confundi. Sicuti servitutes vocantur prædia *L.* 86. *de V. S.* Aliter Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 2. *Pr.* 5. *Ill.* 3. *pag.* 52. quod verborum *d. L.* 30. *quia possessio &c.* hic sit sensus: Tempora possessionis defuncti junguntur temporibus possessionis heredis, ut ei non necesse sit, novam usucapionem inchoare *L.* 13. §. 1. & *seqq. de acquiren. possess.* Non autem ut instantia possessionum defuncti, & heredis conjungantur, quasi una fuerit possessio jam inde ab instanti mortis translata, & quasi quoad possessionis causam nunquam hereditas jacuisse videatur. Idem tamen aliter 1. *Jurispr.* 6. *Princ.* 5. *Ill.* 9. & *in Rational. ad d. L.* 30. possessionem illic significare non actum possidendi, sed jus possessionis. Quamvis autem huic juri consuetudo Gallica, *le mort saisit le vif.* Tiraq. *in eo Tract.* & Belgii *de doode erft den levende* Cap. 1. *Cons. ad Fr.* 6. contraria sit; in terris tamen imperii observari, & secundum eam in supremo Tribunali responderi testis est Gail. 2. *Obs.* 129. & *Obs.* 152. Fas tamen est heredi, possessionem propria auctoritate nancisci, si ea vacat: sin minus adeundus judex, ubi remedium est *L. ult. C. de ed. D. Adr. toll.* Vid. Parladur. 2. *Rer. quotid.* 5.

4) Vid. Duar. *h. t.* C. 6. Moller 5. *Semestr. Diss.* 58.

proprium juris civilis: cum alioqui jure gentium dominia incipiant a naturali possessione. *L. 1. in pr. de acq. pos.* dum scilicet eo jure nobis acquiruntur res, si quidem prius nullius sint, aut sint hostium, occupatione: si alterius, traditione, ubi propter bonam fidem, aut beneficio rei nostræ nobis non adiiciantur. *L. 1. L. 3. D. de acquir. rer. dom. L. traditionibus. C. de pact. §. per traditionem Inst. de rer. divis.*

IX. Jura in rem dominio finitima sunt, jus vectigale, seu emphyteuticarium, jus superficiarium, servitutes, pignus. Et generaliter ea, quibus efficitur, ut res, in quibus ejusmodi aliquid juris nobis est, dicantur esse in bonis nostris: unde ad eas retinendas exceptionem, ad persequendas etiam ultro actionem habeamus. *L. bonorum. D. de verb. signific. L. rem in bonis. D. de acq. rer. domin.* In hæc ipsa jura eadem heredis successio est. Exempli gratia, in jus vectigale; *L. 1. D. si ag. vect. vel. emp. pet.* in jus pignoris. *L. 1. C. si unus ex plurib. her. cred.*

X. Et in actiones tam in rem, quam in personam eodem jure succedit heres. Nam & actio jus est. *L. nihil. D. de ob. & act.* Idque est, quod aliis verbis traditur, quæ actiones alicui competunt, easdem & heredi ejus competere. *§. 1. Inst. de per. & temp. act.*

XI. Eadem exceptionum caussa est: & hæ ad heredes transeunt. *L. ult. D. de exc. rei vend. & tradit. L. si pactum. D. de prob.* Quidni, cum & fideiussoribus competant? *L. exceptiones. 7. L. omnes. D. de exc.*

XII. Hic tamen ex universo jure defuncti excipiuntur genera duo, quæ non transeunt ad heredes: jus [5] personale; & ex actionibus actio injuriarum, & si qua est similis.

XIII. Personale jus vocamus, quod aut in facto personæ consistit, ut in utendo; aut certæ personæ ita tribuitur, ut huic persona sola, non res locum faciat. Quæ & alibi dicuntur personæ cohærere. *L. 3. in fi. D. quib. mod. us. amit. L. exceptiones, 7. de exc. L. non solum, §. tale, D. de lib. leg.* Quodcumque ejusmodi est, sicut personæ cohæret, ita cum persona finitur, eoque ad heredem non transit. *d. L. non solum, §. tale, de lib. leg. L. quia, sol. mat.* Ex priore genere est inter jura in rem servitus personæ. *d. L. non solum, §. tale.* Exempli caussa ususfructus; quem constat ex fruendo consistere: id est, facto aliquo ejus, qui utitur fruitur: ut placeat semper in eo personam utentis spectari. *L. 1.* in princ. & *§. 1. D. quan. di. ususf. leg. ced.* Qua ratione & hic dicitur cohærere personæ, ac propterea morte finiri. *d. L. 3. §. ult. quib. mo. usus. am.*

XIV. Posterioris generis sunt exceptiones eæ, quæ parenti, patrono, marito, & similibus personis hoc ipso, quod tales sunt, id est, ob pietatem, aut reverentiam tribuuntur. *d. L. exceptiones, 7. in prin. de exc. d. L. quin, sol. mat.* De actione autem injuriarum, & si qua similis inveniatur, has nec competere heredibus scriptum est in *§. 1. Instit. de per. & temp. act.* Non competit injuriarum actio, quia hanc actionem dissimulatione aboleri placuit. *§. ult. Instit. de injur.* Hæc dissimulatio in eo esse videtur, qui priusquam injuriarum ageret, decessit. Huic actioni similes sunt, quæ ob contemptum, & contumeliam inferuntur. Qualis est, quæ in quinquaginta aureos olim data est adversus eum, qui parentem, patronumve in jus vocasset sine permissu prætoris. Nam & hæc ex contumelia est, qua afficitur hoc facto parens, & patronus; eoque nec heredi datur. *L. pen. D. de in jus. voc.* sed eo opportunius in argumento de actionibus.

XV. In cætera jura defuncti heres succedit. Solus; si quidem unus est heres. Sin plures, omnes. Sed in his videndum, quatenus; in solidum singuli, an pro parte: & si pro parte, quæ hic jure divisio fiat. Et si quod ejusmodi est, quod divisionem etiam in actore non recipiat, aut natura rei, aut constituentium lege, singuli heredes in solidam petitionem succedunt. Viæ, itineris, aquæductus, & similium servitutum stipulatio natura rei divisionem non recipit; quia usus earum rerum indivisus est. Ideo si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, placet, singulos in solidum habere actionem. *L. viæ D. de ser. L. 2. §. 1. §. ex his, ver. sed. quo casu, L. stipulationes non. D. de ver. ob.* Pignus vel jure, vel pactione constitutum hanc conditionem habet, ut non prius solvatur, quam tota pecunia soluta sit. *L. si rem, §. omnis. D. de pig. act.* Ea res facit, ut si quid vel minimum supersit ex pecunia debita, totum pignus teneatur: liceatque id & petere totum, & totum distrahere juxta conditionem. *L. quandiu. C. de dist. pig.* Ideo servatur hoc & in pluribus heredibus

5) Sic si solutio collata est in aliquem, non potest ejus heredi fieri *L. 55. de V. O.* Factum autem hic distinguitur a jure, non a datione. Nam immo obligationes, quæ in faciendo transeant ad heredes vid. *not. infr. Lib. 12. C. 20.*

bus creditoris, ut, quamvis singulis nihil nisi pars hereditaria debeatur; pignus tamen unicuique teneatur in solidum, quia verum sit, hujus parte non soluta, omnem pecuniam non esse solutam. *L.* 1. *C. si unus ex plur. her. cred.*

XVI. Cætera jura; ut dominium, servitutes personarum, actiones, persecutiones, ut divisionem natura rerum, & nec refragante conditione constituentium recipiunt: ita dividuntur inter heredes proportionibus hereditariis. Dominium quidem rerum tale est. In quod ideo pluras heredes ita succedunt, ut fiant res inter eos communes. *L. coheredibus. C. fa. erc.* Actiones eodem modo; nisi si quæ sint, quæ non recipiant divisionem, quæ sunt ex innumeris paucæ. De quo genere scripsi ad *L.* 2. §. 1. *D. de ver. ob.* Exceptiones ita sunt inter plures heredes debitoris, ut est actio, qua conveniuntur. Si tenentur conveniunturque singuli in solidum; & singuli in solidum exceptionem habebunt. Sin autem conveniuntur pro parte tantum, non nisi & in eam partem exceptione utentur. Quod totum sumitur ex exceptionis natura. Nam si exceptio est actionis exclusio: *L.* 2. *D. de exc.* non habebit omnino exceptionem heres, nisi qui eam habebit, qua actio instituta excludatur. Jam autem effectum est, quæ reo competunt exceptiones, easdem & heredibus dari debere.

XVII. Quæ res dividuntur inter heredes, in his non omnium servatur eadem divisio. Pecunia, si qua est in hereditate, dividitur numero inter heredes, non corporibus. Ut si duo sint heredes ex æquis partibus, & sint centum in pecunia numerata: non singula corpora nummorum fiunt inter eos communia pro indiviso; sed numero corporum fit divisio; ut singuli heredes in ea pecunia habeant quinquaginta; nec aliter pecunia dividitur, inter quos ea dividi debet.

XVIII. Eadem ratio est olei, frumenti, & similium rerum, quæ numero, mensura, aut pondere constare dicuntur. Quia hoc commoditas rerum exigit. Hæc in *L. cum Stichus.* 29. *D. de sol.*

XIX. Hinc nominum hereditariorum inter heredes eadem divisio: id est, earum actionum, quibus pecuniæ debitæ persecutio continetur. Ut, si defuncto debita fuerint centum, & is decesserit duobus heredibus relictis ex æquis partibus; singuli actionem habent solum in quinquaginta. Idque est, quod dicitur, ea quæ in nominibus sunt, non recipere divisionem: cum[6] ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint. *L. ea quæ. C. fa. erc.* Quamquam & hoc ad æs alienum, quod defunctus debuerit, ex æquo pertinet. Eadem divisio recepta est in generibus promissis. *L. in stipulationibus.* 54. *D. de verb. obl.*

XX. Cætera corpora hereditaria sic dividuntur inter heredes, ut non pro numero certo cedant singulis, sed dividantur singula inter eos, non ita tamen, ut corpore partes habeant, sed juris intellectu, eoque sint eæ partes, quæ dicuntur indivisæ. Denique sic dividuntur res singulæ inter eos, ut his indivisis manentibus, fiant communes. *L. bona. L. coheredibus. C. fam. ercis.* ac sunt communes eæ, quarum sunt inter aliquos eæ partes pro indiviso, quas modo dixi. *L.* 5. *D. de stip. ser.*

XXI. Alterum genus commodorum hereditariorum est eorum, quæ post mortem defuncti hereditati nondum aditæ acquiruntur. Quæ vivo acquirerentur justis de caussis, ea si post mortem ejus eveniant, iisdem caussis intervenientibus, hereditati acquirentur, tanquam dominæ, quæ successerit in locum defuncti. *L. hereditas*, 1. & 2. *D. de acquir. rer. domin.* In his commodis hæc sunt quinque.

XXII. Primum, quæ per alluvionem & accessionem rebus hereditariis accreverunt.

XXIII. Tum quæ ex rebus hereditariis nata, editave sunt. In quo numero sunt hæc: fructus prædiorum, animalium fœtus, lac, pilus, lana, ancillarum partus; mercedes ex locatione rerum hereditariarum perceptæ: ut pensiones ædium locatarum, operæ servorum, vecturæ navium, & jumentorum. Sunt hæc omnia hereditaria. Unde & hereditatem augere dicuntur. Non sane, quia defuncti fuerint, quæ post mortem ejus quæsita sunt; sed quia hereditati quæsita, facta sunt hereditatis. Hæc in *L. item veniunt*, §. *item non solum*, *L. sed etsi*, §. *ultim. L. ancillarum*, & *seqq. D. de her. pet.*

XXIV. Præterea ea, quorum usucapio a defuncto cœpta nondum adita hereditate impleta est; & ob id usucapione hereditati sunt quæsita. *L. cœptum*, *L. justo*, *L. nondum*, *D. de usucap.*

XXV. Quarto loco negotiorum gestorum actio, si quis gessit negotia hereditaria. *L. nam & Servius*, §. *qui negotia*, *D. de neg. gest.*

XXVI.

6) Ut nullum factum, vel divisio heredum inter sese requiratur, nec in erciscundæ judicium nomina veniant. Vid. Mercer, 2. *Opin.* 15.

Digitized by Google

XXVI. Postremo quæ per servos hereditarios quæsita sunt. Quæ servi faciendo viventibus dominis acquirerent: mortuis dominis, si faciant ante aditam hereditatem, hereditati acquirant. *L. hereditas*, 2. *D. de acquir. her. Institut. de stip. ser. in princ.* Servus quidem ex persona solum domini acquirendi jus habet. *d. Tit. de stip. ser. in prin.* Sed ne hoc in proposito metuamus, hereditas pro domino habetur. Quæ res acquisitionem confirmat. *d. L. hereditas*, 2. *de acq. rer. do. d. tit. de stip. ser. in pr.* Sane ubi ad acquirendum desideratur factum personæ, ibi per servos hereditarios hereditati quæri nihil potest. Hereditas enim persona non est, quæ aliquid possit facere. *d. L. hereditas*, 2. *D. de acq. re. do.* Quo in genere sunt ista; quæ propterea per servos hereditarios quæri non possunt: hereditas servo delata, ususfructus, & possessio rerum non ex caussa peculiari quæsitarum. De duobus prioribus est in *d. L. hereditas*, 2. *de acq. re. do.* Tertium per servum non acquiritur ei domino, a quo servus non possidetur. *L. justos*, §. *ult. D. de usuc.* De quibus amplius dicendum est suo loco: id est, cum quæretur per quas personas nobis acquiritur. Nunc solum id agitur, ut sciatur, quid sit hereditarium. Ergo, his exceptis, cætera per servos hereditarios quæsita tam acquiruntur hereditati, quam acquirerentur domino, si vivo eo quæsita essent.

XXVII. Hæc omnis acquisitio eorum, quæ hereditati acquiri dicimus, eo pertinet, ut intelligamus hæc eadem deinde per hereditatem heredi postea facto acquiri. *Inst. de stip. ser. in princ.* Sic enim necesse est, ut si cui quæritur hereditas, per eam etiam suscipiatur, quodcumque est hereditatis commodum, & incommodum. *L.* 3. *in pr. de bo. poss.* Quæ si ita sunt: ad acquirenda commoda hereditaria nihil nocet heredi multo post mortem defuncti heredem exstitisse; cum quandocunque exstiterit, semper intermedia commoda tam ei acquirantur, quam si statim a morte defuncti heres exstitisset. Hinc illud *L. heres quandoque D. de acq. her.* heres quandoque adeundo hereditatem, jam 7) tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Nempe ideo, quia per hereditatem ea obtinet jam inde a morte defuncti, quæ ipse si statim successisset, per se obtineret. Bene autem, intelligitur. Nam re vera non prius succedit heres defuncto, nec prius fit locupletior, quam hereditatem adierit. *L. pretia*, *in fin. pr. D. ad leg. Falc.* Verum intelligitur ideo, quia effectu perinde habetur, quasi jam tum successisset: ut declaratur illa altera regula juris de eadem rescripta: *omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.* L. omnia fere, *D. de reg. jur.*

XXVIII. Sed intelligendum est non per omnia id ita haberi. Ex quo in regula superiore additum est *fere*. Et recte. Meminisse enim debemus, cur ita videatur heres jam inde a morte defuncti successisse, caussam in eo esse, quod quæ intermedio tempore obtigerunt, ea hereditati quæsita, sic deinde per hereditatem ad heredem transferuntur, alioqui heredis non futura. Nunc autem non omnia quæ heredi statim exsistenti acquirerentur, eadem & hereditati acquiri posse ante diximus; puta tria illa, quæ diximus per servos hereditarios non acquiri. Itaque in his saltem dici non potest, heredem quandoque hereditatem adeundo perinde habendum, quasi continuo post mortem defuncto successisset; cum si successisset statim, ea omnia per servos hereditarios jam tum suos factos acquirere potuisset.

XXIX. Tertium genus commodorum hereditariorum est id, quod hereditatem aditam sequi diximus, eique esse adjunctum. Id commodum est in parte hereditatis alicui quæsita. Id autem est jus accrescendi, seu accessio reliquarum partium hereditatis, quæ jam quæsitæ accedunt. Qui ex aliqua parte heres exstitit, huic reliquæ partes vacantes, aut deficientes accrescunt: non jure personæ heredis; sed beneficio partis jam quæsitæ, quippe quæ nisi quæsita esset, cæteræ heredi ne volenti quidem acquirerentur. Ut merito hoc jus partis quæsitæ commodum, & effectum faciamus. Sed quoniam jus accrescendi volenti, & suscipienti reliquas partes commodum est: nolenti onus, ut quodammodo res mista sit ex commodis & incommodis: melius erit, cum de commodis, & incommodis simplicibus dixerimus, separatim de jure accrescendi, quod utraque illa permistim continet, ad extremum dicere. Ac cum de commodis hereditariis, quæ ad heredem transeant, dixerimus, sequitur, ut incommoda hujus generis quæ sint, quæ item quæsita hereditate heredem sequantur, videamus.

CAP.

7) *L.* 28. § *ult. de stip. serv. L. omnis* 138. *pr. de R. I.* Vulgo. Aditionem retrotrahi ad tempus mortis, & tempus mortis cum tempore aditionis continuari. Duar. *h. l. C.* 6. Et ita dominium acquiritur non ex die aditionis, sed mortis. Quandocunque enim adeat heres jam a die mortis adiisse retrofingitur, propter necessariam dominii continuationem, quod medio tempore pro derelicto haberi, nec potest, nec debet A. Fab. 8. *Conject.* 19.

CAP. XI.

De incommodis hereditariis, quæ quæsita hereditate heredem sequuntur.

Incommodorum hereditariorum genera tria. I.
Æs alienum. II.
Id duplex. III.
Æs alienum defuncti. In hunc primum hereditatem, ac deinde per hanc heredem factum succedere. IV.
Non tamen in omne; & quod nam exceptum. V.
Hereditatem, & si solvendo non sit, obligare heredem æri alieno; & quare id iniquum videri non debeat. VI.
Jus hoc vetus relaxatum postea fuisse a Justiniano, & quatenus. VII.
Si plures sint heredes, quatenus singuli æri alieno defuncti teneantur. VIII.
Æs alienum ab hereditate ipsa veluti contractum duplex. IX.
Eum, qui negotia hereditaria gerit, hereditatem sibi obligare. X.
Item eum, qui defunctum funeravit. Quare. XI.
Legata, & fideicommissa heredem æque ac æs alienum onerare. XII.
Eum æri alieno obligari etsi hereditas solvendo non sit; legati autem, & fideicommissi nomine non teneri ultra, quam ad eum ex hereditate pervenerit. Ratio differentiæ. XIII.
Hodie qui inventarium non fecerit, solida legata præstat, & si vires patrimonii excedant. XIV.
Si plures sint heredes, qui nam, & quatenus legata præstare tenenntur. XV.
Tertium incommodum hereditatis, interdum jus accrescendi. XVI.

I. INcommoda hereditaria tria sunt: æs alienum hereditarium; onus legatorum, vel fideicommissorum; & rursum jus accrescendi.

II. *Æs nostrum* vocamus, ¹ quod alii nobis debent: *æs alienum*, quod nos aliis debemus. *L. cedere*, *§. æs alienum. D. de verb. sign.* Æs alienum hereditarium id, quod ab hereditate, vel herede, ut herede, aliis debetur.

III. Id duplex est. Est enim æs alienum defuncti. Est etiam æs alienum quod post mortem defuncti nascitur, & velut contrahitur ab hereditate.

IV. In æs alienum defuncti primum hereditas: ac deinde per hanc heres factus succedit: & quod aliis verbis veteres dicunt, hereditas quæsita æri alieno heredem obligat. *L. more. D. de acquir. her.* Item his verbis: heredes obligantur creditoribus defuncti; ab his conveniri possunt; his convenientibus respondere debent: horum actiones suscipere. *L. pro herede. §. Papinianus. D. de acquir. hered. L. ult. C. de her. act. L. 2. C. de her. vel. act. vend.* Neque aliud significatur, cum dicitur, quæ actiones in personam in aliquem dantur; easdem & adversus heredem competere. *§. 1. Instit. de per. & temp. act.* Hæ enim sunt actiones, quibus creditores hoc æs alienum a defuncto debitum persequuntur. *L. nihil. D. de obl. & act.* Ex quo jure intelligimus, quod dicitur, hereditatem, itemque heredem succedere in universum *jus* defuncti. *L. hereditas. D. de reg. jur. L. heres in omne. D. de acq. her.* hic verbo *juris* significari non tantum jus, quod defunctus habuit: sed etiam jus, quo defunctus aliis tenebatur.

V. Non tamen in omne æs alienum defuncti succedit heres. Nam si actionem in personam adversus heredem competere, nihil aliud est, quam hunc æri alieno, seu creditoribus hereditariis obligari, & his agentibus respondere debere, ut diximus: non obligatur heres æri alieno defuncti ex his caussis, ex quibus sunt pœnales actiones. Placet enim has actiones in heredem non dari. *d. §. 1. Inst. de per. & temp. act.*

VI. In æs alienum defuncti quibus ex caussis succeditur, ita succedit heres, ut nihil intersit, utrum hereditas solvendo sit, an non sit. Obligat nos hereditas æri alieno, etsi non sit solvendo. *d. L. more, de acq. her. L. 3. in pr. D. de bo. pos.* Neque hoc iniquum videatur, teneri here-

1) Quia meorum, & tuorum appellatione, etiam actiones continentur *L. 19. de V. S.* Hinc creditor, cui solvitur, suum recipere dicitur *L. 44. de cond. indeb* quod tamen fieri per metonymiam, vel per elipsin scribit Gød. *in d. L. 91. n. 3.* *Æs* autem sumitur pro quolibet nummo *L. 159. de V. S.* vid. Cujac. 7. *Obs.* 33. Gød. *in d. L. 59.* Sic Horat. 1. *Epist.* 7. quid distent *æra* lupinis, id est verum aurum ab auro Comico, ut exponunt Muret. *ibid.* & Turneb. 1. *Adv.* 15.

redem ultra quam acceperit. Esset iniquum, si in res tantum succederet. Nunc autem succedit in jus, & locum defuncti, ut partibus quoque ejus fungi debeat. *L. quædam*, §. 1. *D. de ed.* Denique ut hereditas sustinuit personam defuncti priusquam adiretur: *L. hereditas*, 1. *D. de acq. her.* Sic hac quæsita, necesse est, eundem locum, & personam heres subeat. Unde & heres [2] eadem persona esse dicitur cum defuncto. *Novel. de jur. a mor. præs.* circa medium.

VII. Hoc jus vetus est in obligatione æris alieni hereditarii, & heredis personæ convenit. Sed relaxatum est postea constitutione Justiniani, si quis beneficio ejus utatur in inventario faciendo. Qui hac conditione adit, ut inventarium faciat rerum hereditariarum, & ex præscripto legis Justiniani facit, is inter cætera commoda, quæ huic confectioni data sunt, hoc consequitur, non ne teneatur creditoribus hereditariis; sed ne teneatur ultra facultates hereditarias, & ne teneatur aliter, quam ut primo cuique venienti solvat. *L. ult.* §. *etsi præfatam. C. de jur. delib.* Ac de toto hoc beneficio supra a me satis dictum est suo loco, id est hujus Libri Cap. III.

VIII. Æs alienum defuncti solus agnoscit, si quis solus est heres. Si plures sint heredes vel ex testamento, vel ab intestato: tenentur omnes. Videndum quatenus. Et siquidem obligatio divisionem non recipit, tenentur in solidum. *L.* 2. §. 1. & deinceps, *L. stipulationes non*, *D. de verb. obl. L. herede*, §. *an ea*, *D. fa. erc.* Si recipit, ut recipiunt prope omnes, paucis exceptis, de quibus scripsi ad *d. L.* 2. §. 1. *de verb. obl.* non tenentur singuli nisi pro parte. Et quidem ita, ut dividatur æs alienum inter eos ipso jure: idest, non facto, & divisione heredum inter se; sed jure ipso obligationem inter eos etiam ignorantes ita distribuente. *L. ea quæ*, *C. fam. erc.* Dividitur autem pro portionibus hereditariis *L.* 2. *C. de her. act. L. pacto successorum*, *C. de pact.* Quæ adjectio duo continet. Nam primum ostendit obligationem non dividi inter heredes pro numero personarum, ut singuli teneantur in viriles partes: sed si ex æquis partibus instituti sint, teneri quidem ex æquis, & virilibus: non tamen quia viriles sint, sed quia hereditariæ. Si autem instituti sint ex inæqualibus partibus, puta unus ex dodrante, alter ex quadrante; etiam in ære alieno easdem partes agnituros. Deinde eo pertinet, ut declaretur, quod alibi apertius comprehensum est, hereditaria onera æris alieni ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. *L.* 1. *C. si cer. pet.* Exempli gratia, sit ei qui in proxima specie institutus erat ex quadrante, legatus fundus, qui dodrantem hereditatis emolumento continebat. Non tamen amplius quam pro quadrante tenebitur creditoribus hereditariis. Nam quod ultra quadrantem hereditatis est, puta dodrans rei relictæ, id ei legatur, & legatum hactenus accipit a coherede. *L. in quartam*, *D. ad leg. Falc. L. legatum*, §. 1. *D. de leg.* 1. Legatarii creditoribus hereditariis personali actione non tenentur. *L. ult. C. de her. act.*

IX. Æs alienum hereditarium ab hereditate ipsa velut contrahitur, cujus debendi caussa nascitur post mortem defuncti, & hereditatem quamvis non aditam obligat. Contrahitur id aut ex negotiorum hereditariorum administratione, aut ex [3] funeratione defuncti.

X. Qui negotia hereditaria gerit, is hereditatem sibi obligat, idque æs alienum cum cæteris hereditariis oneribus in heredem transit. *L. nam & Servius*, §. *qui negotia*, *D. de neg. gest.*

XI. Funerandi defuncti cura, & impensa, hereditatis, ac per hereditatem heredis onus est. *L. si quis sepulchrum*, *D. de rel.* ut si quis alius defunctum funeret, videatur is quodammodo gerere hereditarium negotium. *L. & si quis*, §. *idem Labeo*, *in fin. D. de rel.* Hinc funeraria actio a prætore proposita ejus, qui funeris caussa sumptus factus esset, recuperandi nomine, in eum ad quem hereditas pertineret, *d. L. si quis sepulchrum*, §. *prætor*, *de rel.* idest, ut Juris consulti interpretantur, si quis heredem habeat, in

2) Quæ ratio & volgo a DD. redditur teste Valasco *Tom.* 1. *Consult.* 52. *n.* 1. Vult. *in* §. 5. *I. de her. qual* n. 7. Volenti, ait, non fit injuria. Potuit enim non adire, vel abstinere Nec tenetur, quia hereditatem accepit, sed quia accipiendo, consensit in onera, & fidem suam voluntati defuncti accommodavit *L.* 3. §. *ult.* & *L.* 4. *D. Quib. ex Ca. in poss. eat.* P. Greg. 46. *Synt.* 5. *n.* 8. Ideoque non tam ex defuncti, quam suo facto obligatur Ant. Masa Gales. *in Tr. ad form. Com. lig. P.* 1. *Q.* 1. *ad primam oblig. partem n.* 4. & 5. Et alias quoque sæpe homines in contrahendo decipiuntur. *L.* 18. §. 2. *de min.*

3) De ritibus, & impensis funeribus Romanorum videlicet quæ ad 12. tabb. Fragm. notavit Goth. adde Forest. *Dial.* 1. *Nicy* 2. Manut. *Lib. de LL. Rom. p.* 150. & *seqq.* Rev. *ad LL.* 12. *tabb. C.* 15. & 1. *Conject.* 16. Lips. 1. *Elect.* 19. De lugentium gestibus, & vestium scissione in luctu P. Fab. 2. *Semestr.* 10. de antiquis Christianorum ceremoniis in luctu idem 3. *Semestr.* 13. vid. & Tessaur. *Decis. Pedem.* 270. Popp. ab Aczema 1. *Dissert* 17. &c.

in heredem; cujus, ut dixi, id munus est. *L. & si quis*, §. *ult. de rel.* & hunc quidem solum; nisi mulier decesserit, cujus dos, aut in totum, aut pro parte pervenerit ad alium, quam ad heredem; pervenerit puta ad maritum. Quo casu placet, mulierem ex dote quoque, quæ penes virum remanet, & ex hereditate mulieris pro rata portione funerandam esse: ut si, exempli gratia in dote centum sint, in hereditate ducenta, duas partes heres, unam vir in funus conferat. *L. in eum. L. Celsus*, & aliquot sequentibus. *D. de rel.* Funeris impensa quæ sit, & ad quem modum ob hanc impensam teneatur heres, explicatur *L. etsi quis*, §. *funeris*. §. *hæc actio*, *L. funeris, de rel.*

XII. Onus legatorum & fideicommissorum, quæ quidem ab alio, puta legatario, aut fideicommissario relicta non sint, heredis onus est itidem, ut æs alienum. Tenetur legatariis, & fideicommissariis heres, ut & creditoribus. *L.2. C.de leg.L.2. C. de her. vel act. vend.* Hinc definitio legati, ut sit *donatio a defuncto relicta, ab herede præstanda*, §. legatum, *Inst. de leg.* Obligatio nata ex quasi contractu, de quo suo loco. §. *heres*, *Inst. de obl. quæ ex quas. cont.*

XIII. Sed inter modum hujus præstationis, & modum æris alieni hoc interest, quod obligatur heres æri alieno, etsi hereditas solvendo non sit, ut diximus. Legati autem, aut fideicommissi nomine non tenetur ultra, quam ad eum ex hereditate pervenit. *L. 1. §. si is qui quadringenta, D. ad Treb.* Differentiæ ratio est, quod heres succedit in locum defuncti. Itaque quod defuncti onus fuit, id ipsum & heres in se suscipit. Defunctus autem quod debuit creditoribus, solidum debuit, etiam si solvendo non esset. Quare & hoc idem æs alienum eadem lege ad heredem transit. At defunctus non debuit legata. Ipse est, qui his voluntate sua heredem obstrinxit, non se. Quapropter quod hic debeat heres, non est ex persona, & jure defuncti, sed ex voluntate ejus æstimandum. Atqui intelligitur defunctus hactenus voluisse obligare, atque adeo hactenus obligare potest vel heredem, vel alium, quatenus in eum contulit. Quod amplius est, inutiliter relinquitur. §. *hoc solum*, *Instit. de sing. reb. per fid. rel.* Neque hoc minus valet in herede, quam in cæteris, tametsi heres universi juris successor est. Nulla enim hic successio est in legata, quæ eum potius, quam privatos legatarios obliget. Qua ratione legatum a Florentino definitur delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod totum heredis foret, alicui quid collatum velit. *L. legatum*, 116. *in prin. D. de legat.* 1. Delibatio, ut intelligamus legata ex hereditate sumi: extra hereditatis quantitatem nulla esse. Et quidem id aperte ostendit lex Falcidia: quæ non modo non permittit ultra quantitatem patrimonii heredem onerari legatis; sed etiam ultra dodrantem vetat. §. *ultim. Inst. de leg. Falc. L. 1. D. eod.*

XIV. Justinianus tamen Novella constitutione ab hoc jure ex parte recessit. Nam dum beneficium suum in inventarii confectione constitutum adversus ejus contemptores omnibus modis tueri studet: etiam inter cætera hoc cavit, ut si heres inventarium rerum hereditariarum non fecerit ex præscriptu constitutionis suæ, solida legata præstet, etiam si vires patrimonii excedant. Hoc ille *Nov. 1. de her. & Falc.* §. *hinc nobis*, unde Auth. *sed cum testator. C. ad leg. Falc.*

XV. Si unus tantum heres est defuncto; quis teneatur legatis, & quatenus, ex superioribus intellectum est. Quod si plures sint heredes, quæretur, an teneantur omnes; & si qui tenentur, quatenus. Quibus de rebus multa sunt dissimilia in legatis ab obligatione æris alieni. Et merito: quoniam æs alienum lex transfert, quæ semper certa, & una est. Transfert enim in heredem omnem pro portione hereditaria: obligationem autem legatorum, & fideicommissorum inducit voluntas defuncti, quæ non una est in heredibus singulis legato onerandis. Hinc illa dissimilia. Heredes omnes obligantur æri alieno vel in solidum, vel pro parte, secundum ea, quæ diximus. At non omnes legatis, & fideicommissis obligantur. Licet enim testatori pluribus heredibus institutis, legata relinquere a quibus, & quatenus velit: ut a quo quid relictum est, tantum præstet habita ratione legis Falcidiæ in singulorum portionibus. *L. in singulis. D. ad leg. Falc.* §. 1. *Inst. eod.* Tum solum obligantur legatis heredes omnes, cum testator aut legavit simpliciter herede non appellato; veluti Titio fundum illum do lego: Titio centum dari volo: aut generali oratione complexus est omnes heredes: veluti, quisquis mihi heres erit, centum dato: aut heredes mei Titio centum dent. *L. si heredes*, 124. *D. de leg.* 1. Sed & inter istos non eadem per omnia servatur legatorum divisio, quæ æris alieni. Hoc quidem commune, quod si testator injunxerit heredibus aliquid, quod divisionem non recipit, veluti, ut opus aliquod civi-

tati

tati faciant; placet unumquemque in solidum teneri. *L. fideicommissa.* 11. §. *pen. D. de leg.* 3. Hoc etiam commune in his, quæ divisionem recipiunt, ut si legata præstari voluit, non appellatis heredum nominibus, eorum præstatio dividatur inter heredes pro portionibus hereditariis, ut jus commune est de hereditariis oneribus, *d. L. si heredes*, 124. *de leg.* 1. *L.* 2. *C. de her. act.* Quod si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sint, visum est magis esse, ut viriles partes debeant, quamvis ex disparibus partibus instituti: quasi personarum enumeratio hunc effectum habeat, ut exæquentur in legato præstando, qui si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. Hoc in *d. L. si heredes*, 124. *de legat.* 1. congruit *L. nonnunquam*, 24. *D. ad Treb.*

XVI. Tertium incommodum hereditatis, quod quæsitam partem sequitur, est jus accrescendi. De quo quia præcipua quædam hic dubitatio est, de eo separatim jam dicemus.

CAP. XII.

De jure accrescendi in hereditatibus, & bonorum possessionibus. Quodnam hoc jus sit: Cur ita dictum: Unde natum: Quale id sit in uno herede: Quale in pluribus, quorum unus tantum portionem suam agnoverit: Quæ hic portio accrescat; Cui; Volenti, an invito; Sine onere, an cum onere adjuncto.

Cui portio hereditatis quæsita est, ei reliquæ partes vacantes quasi tractæ ab illa, etiam nolenti accrescunt. I. II.

Cur hoc dictum jus accrescendi. II.

Id natum ex duobus principiis juris. III.

Unum, neminem hereditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse. IV.

Alterum, neminem ejusdem hereditatis, quæ alium heredem non habeat, partem agnoscere posse, partem repudiare. V.

Ex his junctis effici necessitatem juris accrescendi. VI.

Valere hoc jus tam in uno herede, quam in pluribus. VII.

Si quis ex asse heres ex parte assis adeat, eum in assem, idest in solidum heredem effici; idve sive ex asse semel institutus, sive sæpius ex diversis partibus, sive ex aliis partibus pure, ex aliis sub conditione. Secus si in una parte pure, in altera substitutum conditionalem habeat. Quid si in pluribus partibus pure, in quibusdam substitutus datus. VIII. IX. X.

Nihil interest, utrum qui heres ex parte extitit, per se extiterit, an per alium. XI.

Inter plures institutos si unus partem suam agnoscat, hunc deficientium partes etiam invitum, & cum onere suo accipere. XII.

Quatuor esse, quibus jus hoc contineatur. XIII.

Quæ hic portio accrescat. XIV. *seqq.*

Cui. XX. *seqq.*

Volenti, an invito. XXVI. *seqq.*

Sine onere, an cum onere adjuncto. XXXI.

I. Si quis heres, sive suus, sive extraneus, ex aliqua parte hereditatis heres exstitit, ita ut eam habere cogeretur, ille se immiscendo, hic adeundo, vel pro herede gerendo, aut bonorum possessionem agnoscendo; portioni hereditatis quæsitæ sic cæteræ ejusdem hereditatis partes, quæ alium heredem non habent, accedunt, ut ab ea trahantur: ut qui illam cœpit habere, continuo habeat vacantes cæteras. Idque jus servatur non tantum in heredibus testamento institutis, in quibus citra controversiam locum habet: *L. unica*, §. *his ita*, *C. de cad. tol.* Sed etiam in legitimis heredibus. *L. si ex pluribus*, *D. de suis*, & *leg.* Nec tantum in heredibus, sed & in bonorum possessoribus qui vice heredum sunt. *L.* 3. §. ult. & seqq. *D. de bon. pos. L. unica*, *C. quan. non pet. par. pet. acc.* ut qui de uno genere horum dixerit, de omnibus dixerit.

II. Vocatur autem hoc jus accessionis, seu accretionis in usu juris [1] jus accrescendi.

1) *L.* 17. §. 1. *de hered. instit. L.* 1. *pr.* & §. *ultim.* 3. *pr.* & §. 2. *L.* 6. §. 1. *L. pen. de usufr. accresc.* Accrescere dicitur res quæ alteri accedit. *L. insula* 65. *pr. de acqu.* de Sallust. *in Cicer.* Quid tibi litibus accreverit. Duaren. *Lib.* 1. *de Jur. accresc. Cap.* 1. *in fin.* Justin. *in const. tanta* §. *pen. cir. fin.* tertia pars mundi nobis accrevit. Joan.

Suev.

di. *L. qui patri*, *in fi. D. de acq. her.* *d. L.* 3. §. *ult. de bon. pos.* Recte accrescendi: ubi portio alteri adjuncta facit, ut & ipsa crescat cum ea, cui adjungitur; & præterea illa quoque, cui accedit, hujus accessione. Commodum hoc, & incommodum partis jam quæsitæ esse volumus. Et est omnino: utpota quod partem quæsitam ita sequitur, ut velit nolit is, cui portio illa quæsita est, cæteræ vacantes, aut deficientes ei accrescant, ut ex partibus hujus juris subjectis liquebit. Nunc ad id statuendum sufficiet sententia sive Juliani, sive Papiniani, qua pæne diserte id expressum est in *L. si Titio.* §. *ult. D. de usuf.* Loquitur ille quidem de jure accrescendi in rebus legatis: sed ita, ut idem ad hereditates non minus pertineat, in quibus idem plane jus est accrescendi. *L. unica*, §. *his ita*, *&* §. *ubi autem*, *C. de cad. tol.* Ait igitur in jure accrescendi, portionem velut alluvionem portioni, personæ usumfructum accrescere. Significans in rebus aliis quam usufructu, in quibus jus accrescendi valet, portionem portioni accrescere, non personæ. Quod eo pertinet, ut intelligatur, si quod commodum est, aut incommodum in portionibus accrescentibus, merito id nos utrumque portioni jam quæsitæ tribuere; ut non alio potius loco de hoc jure, quam inter commoda, & incommoda partis hereditatis quæsitæ, agi debuerit.

III. Unde ergo hæc [a] necessitas accretionis cum ea parte, quæ jam quæsita est: cum una cum cæteris nihil videatur habere commune? Nascitur ex his duobus principiis juris, quæ hic certa constituta sunt. Quorum alterum pertinet ad eas partes, quas jam sua voluntate quis adierit. Alterum ad reliquas, quas nolit habere.

IV. Prius hoc est: Qui aliquam partem agnovit hereditatis sibi delatæ, ut nihil amplius, hanc certe agnoscendo quæsivisse. Semel quæsitam amplius repudiare non posse. *L.* 4. *C. de rep. her.*

V.

Suev. *Lib.* 1. *de Jur. accresc. C.* 1. Sic per alluvionem dicitur fundo accrescere *L.* 1. *C. de allu. in fin.* Cum quo hæc nostro juri accrescere convenit quod utrobique ipso jure, sine facto hominis fit accessio: Suerin. *de Usufr. accresc. in pr.* Suev. *d. C.* 1. non vero, ut iidem, quod utrobique incrementum latens. Neque enim ut alluvio sensim per temporum intervalla minimas particulas adjicit, ita & jus accrescendi, sed quamprimum portio vacans deficit: tota continuo eodemque momento alteri accedit. Definitur a Cujac. *in Par. de Usuf. accr.* & 5. *ad Afric. in L.* 36. §. *ult. de Usuf.* Jus retinendæ vel nonciscendæ partis ejus qui non concurrit, vel concurrere desiit. Ab eodem 12. *Obs.* 10. Jus hereditatis, vel legati integrum, non per concursum socii diminutum. Quod in legatis verum esse agnoscit, in hereditatibus autem falsum ostendit A. Fab. 50. *Err. Prag.* 4. A Vult. *in* §. *ult I. de donat. n.* 4. & 1. *Jurispr.* 77. Jus quo pars vacans cedit, & accrescit parti occupatæ. Cui definitioni addenda putet Jo. Suev. *Lib.* 2. *Cap.* 4. *pag.* 33. verba ad conservandam hereditatem & voluntatem defuncti individuam. Quidam loco generis modum acquisitionis ponunt, Suerin. *de Usuf. accr. in pr.* Quod recte displicet Suevio *d. C.* 4. *in fi.* Sed nec illud probe quod Gud. *in L.* 23. *de V. S.* n. 5. dum modos acquirendi Jure Civili in universum & particulares divisit, jus accrescendi particularibus accenset, & a legato ac fideicommisso separat. Nam immo nec novus hic, opinor, modus, nec separatus titulus, nec semper particularis. Sed cui sit accrescit, vel titulo Pro herede, vel titulo Pro legato, &c. possidet, non certe pro accreto. Nec pars accedens diverso jure censeri debet a principali *L.* 5. *de vulg.* quin & portio accrescens eadem actione petitur, qua adscripta Duar. *Li.* 2. *de I. accr. C.* 4. Suev. *Li.* 3. *C.* 2. *cir. fi.* Alio autem longe sensu jus accrescendi sumitur in *pr. I. de Exher.* quando ex jure veteri, personis accrescebant, ac heredum numerum augebant: Ulp. *ti.* 22. §. 17. ubi scriptis heredibus aliquid decrescebat. Unde Theoph. *ibid.* vocat μέρος ἀφαίρεσιν, vid. Hot. *ad d. pr.* & 8. *Obs.* 5. Borch. *in d. pr.* & *in* §. *I. de leg.*

a) Recte necessitas. Hæc enim ratio non tam convenit ad hoc quare accrescat, quam quare invitis. Quod autem accrescat ex voluntate est testantis, atque tacita scilicet præsumpta substitutione *L.* 61. §. 1. *verbis quasi substitutus de leg.* 2. Vasq. *Li.* 3. *de Succ. progr. in præfat.* n. 1. 2. 5. 22. &c. Nec tenuis hic tantum & obscura voluntatis suspicio, ut Duar. *Lib.* 1. *C.* 1. & *ad tit. D. de acq. her. C.* 6. *f.* 459. Nam testator eo ipso quod plures ad eamdem rem vocet, intendit malle se quidem omnes, quos conjunxit pariter rem pro genere conjunctionum, habere eo modo videlicet, quo possunt, non singuli in solidum, sed pro partibus indivisis. Sed in casum quo aliqui deficerent, malle conjunctos, prout quisque conjunctus genere proprior, illorum partem acquirere, quam vel heredem, vel omnimodo disjunctos. Quanquam non ideo conjunctio efficiens causa hujus juris, quod velle videntur Duar. *d. Li.* 1. *C.* 1. Lor. *ad L.* 7. *de R. I.* sed verius instrumentalis Suev. *d. Lib.* 1. *C.* 4. *p.* 32. & *seq.* & *Lib.* 2. *C.* 1. *p.* 59. Originem hujus juris ad Consultos mediæ Jurisprudentiæ refert Suev. *d. Li.* 1. *C.* 3. Proficisci ex *L. Papia.* Duar. *L. C.* 1. *arg. L.* 5. *de vulg.* ubi pars dicitur per legem vindicari, *junct. epigraphe legis*, ante eam tamen in usu fuisse. Sane legem fuisse, quæ hoc jus sive induxerit sive a prudentibus inductum confirmaverit, probabilem puto Nec rite tamen infert Duarenus. Si ex lege non ex judicio testantis. Lex enim respexit ad probabilem conjecturam voluntatis defuncti, ac legislatorem permoverit ratio voluntatis, eaque sola quidem in legatis ac fideicommissis. Vasq. *sup. d. n.* 2. (Quia enim ibi nulla necessitatis ratio cogit inducere jus accrescendi præter vel contra voluntatem testantis, cum legatarii juris successores non sint, & pars deficiens non incommode heredem dominum habere possit. Omne id æstimandum ex testantis voluntate, ut inter quos voluit esse, inter eos solos sit, ut recte A. Fab. 49. *Err. Prag.* 1. & 4 licet inde quædam, quæ minus probantur, inferat) conjuncta cum necessitate juris in hereditatibus, per rationem ut *N. seq.* Unde apparet cum quæritur an jus accrescendi vetare possit testator, in legatis quidem hoc expeditum esse, cum nihil impediat, in hereditatibus autem magis esse ne liceat, cum obtingat non tantum invito heredi, sed etiam invito testatore. (tametsi si non vetet, censetur eo volente) Vid. Vasq. *Li.* 1. *de Success. creat.* §. 3. *n.* 6. & §. 10. *n.* 91. & *Lib.* 2. *de Succ. prog. in præfat. n.* 65. & *Li.* 3. *præf. n.* 17. & *seq.* & §. 23. *n.* 100. & n. 106. Trentacinq. *de Subst. P.* 1. *C.* 16. n. 13. Duar. *Lib.* 2. *de I. accr. C.* 14. A. Fab. 49. *Err. Prag.* 1. Excipit Duarenus nisi per hunc non fiat testator ex parte intestatus. Dices. Hoc qui contingat in difficili est. Forte species sic ponenda: A. & B. heres sunto, C. heres esto. Si A. deficiat, partem ejus B. obvenire nolo. Hic enim fiet ut C. qui re conjunctus præferatur B. mixtim conjuncto, propter dispositionem defuncti, quæ servanda, quoties salva ratione juris potest. Putat Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 10. qui heredem unum ex re certa instituit, posse cavere ne reliqua bona ad eum perveniant, per *L.* 9. §. 13. *in fi. de her. inst.* sed tunc reduci rem ad causam intestati, *arg. L.* 16. *de cond. inst.* ac legitimos teneri illam rem quasi tacite rogatos restituere, scripto veluti per fideicommissum relictam. Quod refellit A. Fab. 15. *E. r. Prag.* 7.

Digitized by Google

V. Posterius hujusmodi : [3] neminem ejusdem hereditatis delatæ, quæ alium heredem non habeat, partem habere posse, partem repudiare, sed aut totam agnoscere debere, aut a tota recedere. *L.* 1. *L.* 2. *D. de acq. her L. quidam in fin. C. de jur. del. L. sed si plures*, §. *filio*, *D. de vulg.*

VI. Quibus junctus sic efficitur ea necessitas accrescendi, quam diximus. Aut enim necesse habet heres eam partem, quam agnovit, repudiare una cum cæteris vacantibus, vel deficientibus: aut deficientes cæteras uoa cum hac habere, & retinere. Agnitam repudiari jus non permittit. Restat igitur, ut una cum ea cogatur & cæteras admittere. Quam & rationem hujus necessitatis in jure accrescendi Justinianus reddidit in *d. L. unica*, §. *his ita*, ver. *& hoc nolentibus, C. de cad. tol.*

VII. Valet hoc jus accrescendi & cum unus taotum heres ad hereditatem vocatus est, & cum plures.

VIII. In uno herede; cum is aliquam partem hereditatis habere voluit. Qui ex asse ex testamento, aut ab intestato heres est, uoam aliquam [4] partem hereditatis agnoscendo, statim in assem heres efficitur, ut est in *L. si ex asse. D. de acquir. her.* nempe quia unam adeundo, cæteras acquirit, si delatæ sint, ut est in *L. si solus*, io prin. *D. eod.* Acquirit autem, quia cæteræ, quæ alium heredem non habent, accedunt, & accrescunt quæsitæ ex definitione superiore. Neque hic interest, utrum heres semel sit ex asse institutus, an vero sæpius ex diversis partibus: *d. L. si solus*, *de acq. her.* & in diversis partibus, utrum ex omnibus institutus sit pure, an vero ex quibusdam pure, ex quibusdam sub conditione. Qui solus ex dimidia parte heres institutus est pure, ex altera dimidia sub conditione, si navis ex Asia venerit: hic ex pura institutione adierit, etiam pendente conditione alterius institutionis ex asse heres erit. *L. cum heres*, §. *ult. D. de acq. her. L. si quis ita scripserit*, 33. *D. de her. inst.* Cur ergo [5] non exspectatur io altera parte eventus conditionis? quia ut significatur in *d. L. si quis ita*. frustra exspectetur is eventus, ubi conditio etiam deficiens nihil obstat, quominus ea portio heredi acquiratur. Ut enim ea para, conditione deficiente, non deferatur judicio testatoris: attamen alio jure necessario accedit. Nam quæ alium heredem non habet, alteri jam quæsitæ ex superiore regula necessario accresceret.

IX. Sed hoc ita, ut adjicitur in *d. L. cum heres*, §. *ultim. de acq. her.* nisi hic heres in conditionalem partem habeat substitutum. Merito: nam hoc casu si conditio exsistat, portio illa altera alium heredem habet, & eum solum; cum, conditione institutionis deficiente, nunquam primus heres ex ea parte institutus fuisse intelligatur.

X. Diversum, si quis pure institutus sit ex pluribus partibus. Etsi enim hic in quibusdam habeat substitutum: tamen [6] quia partes omnes statim ei delatæ sunt, unam adeundo, continuo eodem illo accessionis jure omnes acquirit, *d. L. si solus*, *in pr. D. de acq. her.*

XI. Ne illud quidem interest, utrum is, qoi exstitit ex aliqua parte heres, per se exstiterit, an per alium. Ut puta, pater & filius, qui io ejus potestate erat, eodem

3) Ratio hæc genuina & proxima. Cur invitis accrescat. Cujus rationis ratio quoad hereditates (recte Vasq. *d. Lib.* 3. *de Success. prog. in præfat. n.* 2. non easdem rationes adaptari posse omnibus casibus) non inepte ponitur in *Leg.* 7. *de R. I.* Quam (sed fere pro ratione proxima) adducunt, cum vulgo DD. Matthæus. *Li.* 2. *de Via Juris C.* 20. *n.* 12. Vasq. *d. n.* 2. Treutleriq, *de Subst. P.* 1. *C.* 15. *n.* 2. jungens regulam illam. Ne eadem hereditas eodem tempore a personis diversi gradus adiri possit, & P. Fab. *ad d. L.* 7. Sed cum adæquata non sit, nec hereditatibus legitimis, quæ æque hoc jus admittunt, conveniat, solidior est illa ac perfectior: Quia hereditas individua est, nec defunctus pro parte repræsentari potest. Quam non primus invenit. A. Fab. 49. *Err. Prag.* 1. sed ante eum non tradidit tantum, sed & clare exposuit Duar. *Li.* 1. *C.* 2. Heres, inquiens, fictione juris eadem persona habetur, ac defunctum repræsentat quasi adhuc vivere intelligatur. Uti igitur non potest unqi aliquis in natura esse aut vivere pro parte tantum, ita nec repræsentari, cum fictiones naturam imitantur. Et Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 27. Repræsentatio non potest fieri pro parte, quia ut naturaliter non potest homo vivus esse pro parte, ita nec haberi per fictionem. Dices. At deficiente uno ex scriptis, heres legitimus eam partem agnoscere, ac pro eo repræsentare potest. Itemque testamento non condito u ex pluribus legitimis unus repudiat, sequens gradu. Resp. Repræsentatio, quæ uniformis esse debet, qualitates diversas (succedendi ex testamento vel ab intestato, gradus proximioris vel remotioris) non recipit uti nec homo vivens, Gomez. *d. lo.* Et ut persona secundum idem, & ad idem diverso jure censeri nequit, sic nec hereditas repræsentans, sed eodem successionis genere repræsentare debet Suev. *Li.* 1. *de I. accr. C.* 2. Quoad legata vero in casibus, quibus invitis accrescit, ratio peti potest ex iis, quæ *infr. Li.* 2. *Cap.* 18. *Not.* 3.

4) Itemque si in re certa vel quota hereditatis unus scriptus, ubi omnia bona accrescunt si ex asse institutus esset. Putat tamen Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 9. subtilius dici hic non esse jus accrescendi, sed institutionem vi sua extendi, ut videatur in omnibus institutus, *L.* 1. §. 4. *de her. inst. & n.* 17. quando ex asse institutus adit ex parte, totum consequi non jure accrescendi, sed jure institutionis ex propria dispositione defuncti. Quia aditio, quæ pro parte fieri nequit, trahitur ad totum *L.* 1. *de acq. her.* Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. prog.* §. 23. *n.* 46. *& seq.*

5) Nam & alias substitutio jure accrescendi potior *L.* 1. §. *pen. D. de bo. poss. sec. tab.* cum substitutus magis enixa & expressa voluntate defuncti vocatur. Duar. *Li.* 2. *de. I. accr. C.* 15. Suev. *de Usufr. accresc. p.* 38. vid. Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. progr. in præf.*

6) Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 20. rationem, aliis relatis ac rejectis, reddit quod defunctus debeat repræsentari in totum uniformiter & cum eadem qualitate. Gradus autem institutionis & substitutionis diversi, &c.

Digitized by Google

dem testamento heredes instituti sunt. Si filius jussu patris hereditatem adierit ita, ut suam partem patri acquireret jure potestatis: placet, patrem & ex sua institutione statim heredem futurum. *L. si ego. D. de acq. her.* scilicet quia pater, quæsita filii parte, incipit solus heres esse ex asse.

XII. Sed apectatur præcipue jus accrescendi, & vim suam ostendit in pluribus heredibus, cum omnibus ex æquo ad hereditatem vocatis, si quidam deficiant, nihilominus deficientium partes accrescunt iis, qui suas agnoverunt. Ad quam speciem potissimum referuntur ii loci, quos supra indicavimus de jure accrescendi. *L. unica*, §. *his ita. C. de cad. tol. L. qui ex duabus.* §. 1. *D. de acq. her. L. si ex pluribus. D. de suis & leg. L.* 3. §. *ult. D. de bon. pos.* & similes. In his expeditior ratio juris accrescendi, cum unus est tantum, qui portionem suam agnovit: obscurior, & plura continens, cum plures agnoverunt. De quibus scilicet hoc amplius quæritur, an portio deficiens accrescere debeat omnibus, & quatenus. Quamobrem ut res tota sit planior, de his distincte dicemus. Si unus est tantum, qui cæteris deficientibus partem suam agnovit: in eo de jure accrescendi brevis & expedita definitio hæc est. Qui ex aliqua parte heres exstitit, deficientium partes etiam invitus, & cum onere suo accipit. Exstat in *L. qui ex duabus* §. *ult. D. de acq. her.* Illa verba, cum suo onere, adduntur in *L. unica*, §. *in his itaque*, *C. de cad. tol.* Ubi eadem sententia pluribus verbis explicata traditur.

XIII. Definitio diligenter tenenda, quæ in uno herede, qui partem suam agnovit, complectitur breviter partes omnes juris accrescendi. Docet enim hæc quatuor, quibus hoc jus continetur. Primum quæ portio accrescat: secundum, cui accrescat: tertium, volenti, an invito: quartum sine onere, an cum onere adjuncto. Quæ singula qualia sint, & quid contineant, cognoscamus.

XIV. Primum ergo quæritur, quæ portio accrescat. Dicimus 7 deficientium coheredum partes. Deficere heres intelligitur, qui aut jam ab initio non exstitit heres, & spe ejus acquirendæ excidit: aut ab initio heres factus, postea ab hereditate recessit se abstinendo, quibus ex causis id facere concessum est. Prius extraneorum est: posterius suorum heredum se abstinentium, & extraneorum minorum viginti quinque annis, qui idem beneficio ætatis consecuti sunt. Deficit ergo extraneus heres, qui aut repudiavit hereditatem, aut morte, vel qua alia ratione impeditus est, quominus adiret. *L. si ex pluribus*, *D. de Suis & leg.* Mortuus heres prinsquam adiret, ideo deficit, quia hereditas non adita non 8 transmittitur ad heredes; atque ita & defuncto heredi, & heredi ejus amittitur. *L. unica*, §. *in novissimo*, *C. de cad. tol.* Alia ratio impedit aditionem, & heredem excludit, si sub conditione institutus est, & conditio non exstitit.

XV. In 9 bonorum quoque possessoribus ii deficiunt, quibus eadem illa obstiterunt, quominus peterent bonorum possessionem: idest, qui vel repudiarunt jus suum, vel ante mortui sunt, quam peterent: hoc amplius & qui tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt. *L.* 4. *D. de bo. pos.* Et horum omnium portiones juxta regulam propositam accrescunt iis, qui suas admiserunt. *d. L. si ex pluribus*, *de suis & leg. her. d. L.* 3. §. *ult. L.* 4. & 5. *D. de bon. pos.*

XVI. Sano si quibus hoc tributur jure, ut decedentes hereditatem non aditam, vel bonorum possessionem non agnitam transmittant ad heredes suos: hi non sunt dicendi deficere: nec eorum portio quasi deficientium jure accrescendi pertinebit ad coheredes: sed ut, si essent soli heredes, hereditatem ad heredes transmitterent: ita & si instituti sint cum aliis, eodem jure utentur, quod ipsis hoc ipso, quod ad hereditatem vocati sunt, tributum est. Et certe non potest dici deficere jure suo,

7) Etiam liberis delata bonorum possessione *L. un. C. Quan. non pet. part.* de quo vid. Massin. *ad d. L. un.* Donellus noster ad eamdem *in op. post.* Duar. *Li.* 1. *de I. accr. C.* 14.

8) Vid. Peregrin. *de Fideicom. Art.* 9. Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. progr.* §. 23. *n.* 103. & *infr. Cap.* 26. *Not.* 3.

9) Jus accrescendi transit ad heredes, si Primus heres decessit portione sua adita *d. L.* 9. Duar. *Li.* 2. *C.* 6. *L. un.* §. *his ita* 10. vers. *in his itaque in verbis etiamsi jam defuncti sint C. de Cad. toll.* §. *ult. in fin. I. de SC. Orphit.* Ratio triplex affertur a Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 35. 1. Quia locus est rationi juris accrescendi quæ *sup. Not.* 3. 2. Quia jus accrescendi respicit portionem aditam ac pars defecta illico solidatur, ejusdemque naturæ efficitur *L.* 33. *de Usuf.* sicuti alluvio unit unam partem cum alia. 3. Quia portio immediate ab ipsa lege delata transit ad heredes, licet non agnita per *L. edicto* 13. §. *ad heredes* 4. *de I. fisci* Sed an hoc speciale in herede heredis legitimi ac diversum in herede heredis scripti, post aditam suam portionem, ante delatam partem coheredis, defuncti. Quod arguere videtur *d. L.* 9. *de suis & leg.* Sed qui exacte perpenderit reperiet aliam causam ibi constitui heredis scripti, non cujusvis, sed qui coheredi substitutus, non quoad jus accrescendi, sed quoad jus substitutionis qua pars coheredis velut alia quædam hereditas capitur, ut exponit Cujac. 12. *Obs.* 12.

Digitized by Google

suo, qui habet jus in hereditate adipiscenda, quod liceat transferre ad heredem. Ne illud quidem dici potest fieri posse, ut ea portio accrescat coheredi, quæ jure ad heredes morientis transfertur. Proinde si quis heres decedat intra annum deliberandi, nihil hic accrescet coheredi, qui prius partem suam agnovit, sed portio morientis transmittetur ad heredem ejus. *L. cum antiquioribus*, *C. de jur. del.*

XVII. Similiter si pluribus filiis institutis, qui in potestate non erant, quidam hereditatem non adierint, unus, non adita hereditate, decesserit; non accrescet hujus portio fratribus, sed transmittetur ad liberos filii demortui pro eo jure transmittendæ hereditatis, quod liberis datum est lege Theodosii. *L. unica*, *C. de his qui ante ap. ta. her. trans.* Neque in his, aut similibus caussis quidquam fit regula proposita repugnante: quia dicimus, in his heredem ita decedentem non deficere.

XVIII. Suus quoque hares, quem constat ab initio statim heredem exsistere, jure tamen prætorio deficere intelligitur, cum se abstinet. Sic enim recedit ab hereditate; nec minus ex hac abstentione illi tribuitur, quam si extraneus repudiasset. *L. necessariis*, *L. pro herede*, *§. Papinianus*, *illic*, *nam cum se*, *D. de acq. her.* Ideo placet, abstinentis se sui heredis portionem etiam coheredi sive suo, sive extraneo, qui suam agnovit, accedere, nempe eo jure, quo portio portioni accrescit, idest, jure accrescendi. *L. si duo*, *L. pen. & ult. D. de acq. her.* Volenti quidem semper accrescere constat, *d. L. ult. de acq. hered.* Non semper accrescit invito. Sed de eo postea suo loco ordine dicetur.

XIX. Quod suo heredi abstinenti se tribuitur jure prætorio, ut ne amplius habeatur pro herede: hoc idem eodem jure tribuitur heredi extraneo, qui adeundo heres exstitit, si beneficio ætatis in integrum restitutus est, ut sibi abstinere liceret, & se abstinuit. *L. necessariis*, *D. de acq. her. L. 1. C. si mi. ab her. se abst.* Ideo tanquam deficiente eo placet, ejus portionem ad coheredem, qui partem suam agnovit, pertinere. Invitum quidem coheredem non cogi onus ejus partis suscipere, scriptum, & constitutum est in *L. si minor*, *D. de acq. her.* sed hoc ipso declaratur, eam partem coheredi cedere si velit. *L. 1. C. quo. & quan. jud.* nec vero potest illi volenti acquiri, nisi jure accrescendi. Sed invito non statim accrescit: quia nec necessarii heredis se abstinentis portio eodem casu invito accresceret. De quo postea.

XX. Secundo loco quæritur, deficientium portio cui accrescat. Dicimus non coheredi ejus, qui heres exstitit: sed generaliter ei, qui in ea hereditate ex aliqua parte heres exstitit. His verbis, & quibus portio deficiens non accrescat, & quibus accrescat, declaratur. Exigunt hæc verba, ut cui accrescere quid volumus, heres exstiterit: id est, in summa, portionem jam ei quæsitam volunt, cui aliæ accrescant juxta superiorem sententiam Papiniani. Et ita est. Ne coheredi quidem, qui suam partem non agnovit, quidquam potest accrescere; nedum alii, ad quem nulla pars hereditatis pervenit. *d. L. si ex pluribus. D. de suis & leg. her. d. L. unico*, *§. his ita*, *C. de cad. tol. d. L. 3. §. ultim. de bo. poss.* Quinetiam hæc verba, qui heres exstitit, cum effectu accipimus; ut qui heres exstitit, etiam manserit, quo is portionem, cui quid accrescere dicimus, obtineat. Ideo si heres institutus hereditatem adiit, sed rogatus a testatore restituit, placet, nihil ei debere accrescere; quia rem non videtur habere, quam restituit. Idemque est, si certum sit, eum restituere totum debere: puta si tacite rogatus sit restituere. [10] *L. si totam. D. de acq. her.* Efficitur hoc senatusconsulto Trebelliano, quo heres restituta hereditate perinde habetur, quasi heres non esset, translatis in fideicommissarium actionibus. *L. 1. D. ad Treb. §. restituta. Inst. de fid. hered.*

XXI. Sed ut superiora verba eum exigunt, qui ex aliqua parte heres exstiterit, eamque partem obtineat: ita dum vere exstiterit, & obtineat, nihil requirunt amplius, ut locus sit juri accrescendi. His verbis continentur primum quidem heredes ipsi, qui primo loco vocati sunt ad hereditatem. De quibus nemo dubitat, quin si hereditatem adierint, his deficientium portiones accrescant. *d. L. si ex pluribus*, *de suis & leg. her. d. L. unica*, *§. his ita. C. de cad. tol.*

XXII. Eodem loco sunt & qui vice heredum habentur, ut bonorum possessores, qui bonorum possessionem agnoverunt. *d. L. 3.*

10) *L. 65. L. 70. pr. de V. S. L. 194. de R. I.* quia cum repræsentatio duret etiam adita hereditate, nec in secundo tertiove successore extinguitur, Gothl. *in. d. L. 65. n. 1.* vid. & Menoch. 4. *Præsumpt.* 70. & quando dispositio loquens de herede, intelligatur de primo, quando ad ulteriorem extendatur Tiraq. *Tr.* le mort saisit le vif. *P. 2. Dec. 5. tota.*

L. 3. §. *ultim. D. de bon. pos.* Proinde & ii, quibus restituta est ex [11] fideicommisso hereditas. *L. Papinianus*, 43. *L. antep. D. ad Treb.* Nam & hi acteous habentur heredis loco. *L. postulante*, 44. §. *ultim. illic*, *nam & quodammodo. D. ad Treb.*

XXIII. Sed continentur amplios omnes, etiam qui primo, & vero herede adeunte, per eum heredes exstiterunt, dum per eum ipsis quæsita est hereditas. Quo in nomero suot [12] heres heredis; & pater per filium, aut dominus per servum quæsita hereditate. Qui suaoi partem agnovit heres, si antequam coheredes deficerent, decesserit; deficientibus postea coheredibus, jus accrescendi ad heredes defuncti pertinet. *d. L. si ex pluribus. D. de suis & leg.* Quo jure, cum hi oon fuerint deficientium coheredes? Jure portionis jam quæsitæ, quæ decessori prius quæsita, postea ad heredes ejus cœpit jure hereditario pertinere. Jure hoc, inquam, quod & ipsi ex ea parte heredes exstiterunt: non quidem recta, sed per decessorem suum, dictante hoc regula juris antiqui, heres heredis, heres quoque est testatoris. [13] *L. ultim. C. de her. inst. L.* 3. *D. de her. pet.*

XXIV. Similiter si filius familias cum aliis testamento extranei sit heres institutus, & is jussu patris portionem suam adierit, quæ patri quæsita est per filium, dicemus, cæteris coheredibus filii postea defi-

11) Sed Cui. 12. *Obs.* 13. *d. L.* 83. accipit de eo, qui tacitam fidem accommodavit partis suæ incapaci restituendæ, cui Lex veluti indigno hereditatem eripit. Et ratio cur huic jus accrescendi negetur A. Fab. 52. *Err. Prag.* 5. *pag.* 1209. quia qui legibus fraudem facere voluit, non potest a lege pro herede haberi in eo ipso, in quo fraudem fecit. Quær. An jus accrescendi ad emptorem hereditatis transeat? Quod tum per *d. L.* 83. verba, *quia rem non videtur habere*, tum aliis rationibus adstruunt. Duac. *Lib.* 2. *de I. accr. C.* 6 Robo *T.* 3. *Animadv.* 12. & 3. *ad not. Merc.* 12. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 7. & 8. Sed contra eos stat recepta aliorum opinio. Vid. Cujac. 12. *Obs.* 12. & 3 *not Merc.* 10. Cores. *ad L.* 8 *C. de Impub. Substit. n.* 19. Gomez 1. *Resol.* 10. *n.* 44. Vasq. a se dissentiens *Lib.* 3 *de Success. progr.* §. 21. n. 63. & *seqq.* Forst. 2. *de Succ.* 42. *n.* 12. Bron. 2. *Ass.* 59. Fach. 5. *Contr.* 101. & 10. *Contr.* 69. A. Fab. 50. *Err. Prag.* 5. Jo. Suev. *Lib.* 2. *C.* 2. Rationes potiores, tum in *L.* 2. §. *I. de her. vend. in f.* tum quod hereditatis portio ipso jure manet apud hereditatem nec a persona illius separari potest, tum quod emptor nunquam a testatore conjunctus deficienti, tum quod (ratio Vasquii) jus accrescendi etiam unus est obtingens invito, nec tantum commodum. Quare vendendo id effugere non potest, qui partem suam adiit. Reliqua ex auctoribus petantur. Fuit hoc quod jus accrescendi ultimis voluntatibus proprium, nec locum invenit in contractibus, ut melior pars interpretum. Duac. *Lib. Cap.* 15. quia nullæ leges, quæ de jure accrescendi loquuntur de contractibus, uti nec *L. un. C. de cad.toll.* quæ de eo tota ex professo disserit, & in contractibus imputandum est culpæ alterius, qui non sibi cavit apertius. Quod si caverit, servanda conventio veluti L. contractus. Et rationes tum quæ in hereditatibus, tum quæ in legatis, deficiunt. Immo & rationes juris repugnant. Accrescit enim quod uni repudiatum aut alia ex caussa peti nequit Cui. *ad L.* 64. *de Contr. empt.* Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. progr. in præfat. n.* 5. & *Li.* 1. *de Success. creat.* §. 10. *n.* 117. & *seq.* ubi novis, ut præfert, rationibus probat, nec jus accrescendi esse in contractibus, quia non vacat portio inopacis, cum dominium ante traditionem non transeat, nec jus non decrescendi: quia, inquit, aut sunt mistim conjuncti, quibus eadem res promissa ex. g. *A. & B. fundum promitto*, & partes ab initio datæ, ideoque neuter altero deficiente solidum suo jure occupat. Aut re tantum ut *A. fundum dono*, & *B. fundum dono*, ac non est ideo, quia partes sibi per concursum non faciant; sed uni res debetur, alteri æstimatio per *L.* 15. *C. de V. R.* Deinde. In testamento accrescit ex tacita voluntate concedentis, qui censetur maluisse rei partem vacantem habere conjunctum quam heredem In contractibus nemo dicet promittentem maluisse partem alterius stipulantis ad alium pervenire, quam apud se manere. Sed & argumenta hujus ac adversæ sententiæ refert & expendit Jo. Suev. *Lib.* 2. *de I. accresc. C.* 2. quem vide. Objic. maxime *L.*64. *D. de Contr. empt.* Sed respon. decisioni illi non caussam dat jus accrescendi, sed ut in ipsa L. habetur, inutilis adjectio Hot. 1. *Amic.* 24. Persona Titii superatua est pro non nominata, Suev. *de Usufr. accresc. pag.* 5. ac ita obvenit pars Titii nominata jure emptionis, quia tum intentio ementis sic præsumenda sit, qualis de jure esse potest, scire emptor debeat per LL. alteri emere non licere, tota emptio ex persona illius cœpisse videtur, Vasq. *d.* §. 10. *n.* 119. & *seq.* Accedit interpretatio æquitatis in judicio bonæ fidei F. u. Baron. in §. 8. *I. de legat.* cum utrique emptori & venditori id expediat ob communionis incommodum, Duar. *d. C.* 15. *in fin.* Cujac. *ad d. L.* 64. ne si dividetur contractus alterutro invito, illi fiat Injuria, aliter non contracturo. Jo. Suev. *d. Lib.* 2. *C.* Aliud in stipulatione *L.* 56. *pr. L.* 110. *pr. de V. O.* vel quia stricti juris, Cujac. *d. loc.* vel quia emptionis naturæ individua est & uno pretio constat *L.* 139. *de V. O.* In stipulatione vero summarum, quot summæ tot stipulationes, *L.* 29. *de V. O.* ut bello Hot. 1. *Amic.* 24. Hopper. *Lib.* 3. πιθανῶν, *pag.* 89. *ad de* Pac. 3. *Quæst.* 60. Objic. *L.* 5. *D. comm. præd.* Resp. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 1. & 3. & *seqq.* hujusmodi distinctionem in hac quæstione facit. Aut res mere individua est & locus fit juri accrescendi etiam in contractibus lucrativis; ut si mihi & Titio servitus promissa *d. L.* 5. Aut res divídua & tunc non habet locum jus accrescendi in caussa lucrativa *d. L.* 110. *de V. Obl.* præterquam in liberalitate principis. *L. un. C. Imp. liberal. sec.* (in qua & jus accrescendi ponit Duaren. *Lib.* 1. *Cap.* 16. Sed rectius Jo. Suev. *Lib.* 2. *de Jur. accresc. C.* 2. *p.* 87. non hic esse jus accrescendi sed largiorem interpretationem principis) habet in caussa onerosa, *d. L.* 64. *de contrah. empt.* Sed fatetur tandem Gomez. *n.* 4. nec hic in *d. L.* 5. proprie esse jus accrescendi, quia ob individuam servitutis naturam non est pars, quæ dici possit accrevisse; nec jus non decrescendi (quod tamen vult Rinan. Suag. *in Annotat. ad Gomez. ib. lit. B.*) quia illi locus in una re relicta. Servitutem autem pluribus promissam, non est una servitus, sed plures, in persona cujusvis propria & distincta. In unione tamen prolium, quam vocant, jus accrescendi recte statuitur Jo. Suev. *d. L.* 2. *C.* 2. *p.* 83. & *seqq.* verum non ut in contractu, sed ut in successione, licet illa per contractum in consequentiam inducatur. Sicuti in adoptione, cui valde affinis illa unio, adoptivi succedunt (& inter eos etiam jus accrescendi) non tanquam ex adoptionis conventione, sed tanquam liberi effecti, Suev. *d. loc.* Cæterum in exheredatione non est jus accrescendi, quia non, uti institutio, est habitus sed privatio & ad nihil. Quare nec augeri potest, Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 6. Non in testamento militis *L.* 37. *de testam. mil.* de quo vid. A. Fab. 71. *Err. Prag.* 9. & 10. & 72. *Err.* 1. & *seqq.*

12) Olim autem ex *L. Papia* deficientis, ob incapacitatem, pars fisco obveniebat, seu caduca. Ulp. *tit.* 24. §. 12. & *seq.* Et hinc Jurisconsulti ad interpretationem *L. Papiæ* de conjunctis disseruere; sed Justinianus caduca sustulit *L. un. C. de cad. toll.* Duar. *Lib.* 1. *C.* 10. De triplici modo, quo olim deficiebat, quando pro non scripta, in caussa caduci, vere caduca, vid. *d. L. un.* §. 2. 3. 4. Duar. *Lib.* 1. *C.* 18. Gomez. 1. *Resol.* 10. n. 29. & *seq.* Forst. 2. *de Success. ab int. Cap.* 11. Quid si deficiat pars ope exceptionis? Duar. *Lib.* 1. *C.* 19. contra DD. vulgo vult & hic accrescere per *L. nihil interest* 11. *de R. I.* & Fachin. 4. *Contrav.* 96.

13) Hinc vulgo transmissionem priorem esse jure accrescendi, vid. Duar. *Lib.* 2. *C.* 17.

Digitized by Google

deficientibus, horum portiones patri accrescere: quis & hic per filium exstiterit ex ea parte heres, & quamvis non judicio defuncti; exstiterit tamen heres. *L. qui liberis*, §. *ult. D. de vulg.* Quod nunc solum quærimus. Ejusque sententiæ argumentum est in *L. si ego. D. de acq. her.* ubi pater hereditate quæsita per filium sic habetur heres, ut reliquæ partes hereditatis, quæ alium heredem non habent, statim invito ei adjiciantur.

XXV. Ex his potest liquere quam verum sit illud veterum de jure accrescendi, in eo portionem portioni accrescere, non personæ. Plane hic portio deficientium coheredum non accrescit personæ alius coheredis, cum etiam omnibus aliis, non adita hereditate, mortuis, aliquis sit superstes, non eo magis ei quidquam accrescat, si portionem suam non quæsivit. Contra portio vero dicitur accrescere portioni ideo, quod si quis aliquam portionem habet, ex qua heres aut per se, aut per alios exstiterit, ei portioni aliæ partes deficientium coheredum statim accrescant, ut docuimus.

XXVI. Tertio loco quæritur, deficientium partes ei, qui suam partem agnovit, volenti accrescant, an invito. Dicimus invito, &, ut est apud Justinianum, nolenti, & ipso jure. Scilicet quia jus cogit eum, qui unam partem hereditatis habet, reliquas deficientis admittere, ut diximus. *d. L. unica*, §. *his ita*, ver. *& hoc nolentibus*, *C. de cad. tol.* Quod si invito, multo magis ignoranti. *L. heredi cum postumo*, *D. de acq. her.* Si ipso jure, accrescit, & sine nova aditione. *L. si solus*, in prin. & fi. Et hoc jus perpetuum est deficiente ab initio herede extraneo, quandocumque deficiat; ut scilicet coheredi, qui suam partem adivit, invito accrescat portio deficientis, qui heres non exstitit, sive hic defecerit prius, quam ille alter portionem suam adiret, sive postea. Nihil enim hic excipitur, nisi in herede postquam heres exstitisset se abstinente. *L. cum hereditate*, *D. de acq. her.* De quo jam dicam. Ergo in suo herede, qui postea se abstinet, distinctio adhibetur. Nam si hic ante, quam coheres hereditati alligetur, se abstinet, deinde coheres, aut suus immiscuit se, aut extraneus adivit, idem juris est, quod supra. Scriptum est enim in *L. si duo*, *D. de acq. her.* hunc non posse recusare, quominus tota onera hereditaria subeat. Quo significatur partem deficientem etiam invito ei cum suo onere accrescere. Et additur ratio hujusmodi, quis sit, quod illi imputari possit, qui sciens cæteras partes jam alium heredem non habere, eoque qui unam habeat, necesse esse, ut omnes habeat, videatur hac conditione suam agnoscere: idest, quia videatur volens unius partis aditione sese hereditati subjicere; cum sciat omnes partes esse conjunctas; & nullum alium heredem habere.

XXVII. Quod si coheres prius hereditatem adivit, aut suus se immiscuit, deinde alter, qui suus erat, se abstineat; placet, hujus [14] portionem coheredi, qui prius suam partem agnovit, volenti accrescere, [15] invito nequaquam. *L. cum hereditate*, *D. de acquir. her.* Cujus differentiæ hæc ratio est, quod nisi sit, quod coheredi, qui suam partem agnovit, possit objici, cur videatur etiam alteri portioni deficientis heredis necessarii se subjecisse, non est æquum, ut invitus eam admittere cogatur. Postquam enim necessarius heres exstitit, quod fit statim, & ipso jure, hereditas ei quæsita desiit esse hereditas, & cœpit fieri patrimonium ejus heredis. *L. sed si plures*, §. *filio*, *D. de vulg.* Portio autem ejusdem hereditatis sola accrescit, non etiam patrimonium heredis, quod defuncti esse desiit. Sed & accrescere solum debet portio deficientis coheredis. *d. L. qui ex duabus*, §. *ultim. D. de acquir. hered.* Suus autem heres jure civili nunquam deficit. Non enim desinit esse heres, qui semel exstitit, ne suus quidem, quamvis se abstineat. *L. cum quasi*, §. *sed etsi quis*, *D. de fid. lib.* *L. ait*, §. *sed quod Papinianus*, *D. de. mi.* Nec ad rem pertinet, quod jure prætorio licet suo heredi abstinere, ut non minus inde consequatur, quam si extraneus repudiasset, ut prius dixi. *L. necessariis*, *L. pro herede*, §. *Papinianus*, *D. de acq. hered.* Beneficium hoc quidem est prætoris: sed beneficium tamen, quod non debet alteri nocere. Nam hac lege beneficia tribuuntur. *L. nec avus*, *C. de eman. lib.*

XXVIII.

14) Deficit regulariter pars delata non acquisita. Sicut enim substitutio expirat aditione, ita & jus accrescendi; arg. *L.* 62. §. 1. *de leg.* 2. Exceptio una est in usufructu; vid. *Lib.* 10. *C.* 23. Alia in *d. L.* 61. Alia in *Nov.* 1. *C.* 1. § 1. quando heres privatur hereditate, quia non paruit voluntati defuncti. Alia item querelæ inofficiosi *L.* 23. *de inoffic.* Duar. *Lib.* 1. *C.* 21.

15) Quæ ratio vid. *supr. Not.* 5. Male quidam eam ponunt in oneribus hereditariis, quasi præjudicium fiat creditoribus, hereditate ex parte adita. Quidni enim dari posset bonis curator, qui debita secundum vires hereditarias solvat vid. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 27. Aliqui tamen casus quibus non invito accrescit, ut in *d. L.* 61. & *d. Nov.* 1. *C.* 1. §. 1. item hereditate per servum domino delata in *L.* 80. §. *pen.* & *ult. h. t. de acq. her.* Duar. *Lib.* 2. *C.* 1.

XXVIII. Sana si quid sit, quod possit coheredi ejus qui se abstinuit, objici, cur videatur etiam portionem abstentione omissam voluisse suscipere: hanc habebit; & sibi imputet, qui semel voluntate sua admisit. Quod accidere diximus in eo coherede, qui sciens jam necessarium heredem se abstinuisse, & propterea eam partem vacare, postea partem suam adivit, aut se bonis immiscuit. At de eo qui ante abstentionem necessarii heredis id fecit, nihil tale dici potest. Cum enim sciret, necessarium heredem jam heredem esse factum, ut qui ipso jure heres exstitisset: caussam habuit, cur putaret divisam jam esse hereditatem, ut vere divisa fuit, eoque putaret se ad solam partem, ex qua institutus erat, accedere, nec cogitaret quidquam amplius habere. Et quamvis necessarius heres potuit se abstinere postea: tamen neque coheredis culpa est, si non [16] divinavit id ita futurum, cum id incertum esset, nec quod factum est contra id, quod erat in præsentia, nocere ei debuit. Recte igitur visum est hoc casu, sui heredis abstinentis se portionem non debere accrescere invito coheredi.

XXIX. Et ne hic, dum unum incommodum vitamus, incidamus in aliud: id est; ne dum hic consulitur coheredi, faciamus contra regulam juris, qua placet neminem ejusdem hereditatis partem habere posse, & partem quæ alium heredem non habeat, repudiare. *d. L. 2. de acquir. hered. d. L. sed si plures, §. filio, de vulg. d. L. quidam in fin. C. de jur. del.* cautio adhibita est in proposito, exstatque in *d. L. cum hereditate, de acquir. hered.* Conditio scilicet defertur heredi, qui suam partem agnovit, ut aut totam hereditatem agnoscat, aut a toto recedat. Et ideo si suam partem retinere vult, admittat etiam abstinentis coheredis portionem. Quod si illam habere recusat, ut onerosam; licet illi: sed hac conditione, ut suam quoque quam prius adierat, repudiet, ut sic juxta regulam superiorem, aut totum habeat, aut nihil. Et ita, ut ibidem adjicitur, qui per se suam portionem semel repudiatam repudiare non potuit, per portionem accrescentem consequitur, ut possit, ne accessio illi noceat, quod est iniquum. Et tamen quia hoc totum eo spectat, ne, ut dixi, alterius partis accessio eum oneret apud creditores ejus portionis: hoc adjectum est in *d. L. cum hereditate, de acq. hered.* Si creditores dicant, se contentos esse illius portione, non posse eum portionem suam recusare. Merito: quoniam cessat illud incommodum, propter quod fiebat ei potestas partis suæ omittendæ: quo cessante, priori sententiæ locus esse non potest. *Arg. in L. quod dictum. D. de pact. L. de eo. & L. seq. D. de jud.*

XXX. Quod juris est in portione necessarii heredis se abstinentis: idem esse intelligendum est in portione heredis extranei minoris, si postquam adeundo vere heres exstitit, in integrum restitutus est, ut ejus partis onus coheres suscipere non cogatur. Idque ita constitutum esse traditur in *L. si minor. D. de acq. her.* In quo cum eadem sit ratio per omnia, quæ in suo herede se abstinente, dictum id esse accipere debemus, cum ea distinctione, quam supra in suo herede retulimus.

XXXI. Postremo quæritur, utrum portiones deficientium sine onere accrescant, an cum onere. Dicimus cum suo [17] onere tum æris alieni, tum legatorum, & fideicommissorum, quæ a deficientibus relicta erant, ut expressum est in *d. L. unica, §. his ita, ver. in his itaque C. de cad. tol.* Ex quo rursum intelligitur, quam vere dixerimus, jus accrescendi, quod partem hereditatis jam quæsitam sequitur, non solum ejus partis commodum, sed etiam incommodum continere. Commodum in bonis, & rebus ipsis, quæ accedunt; incommodum in onere his ipsis bonis adjuncto: quod & ipsum illi parti conjungitur.

CAP.

16) Ita & Donellus noster *ad L. un. C. Quam. non pet. part.* vid. & Duar. *Lib.* 2. *C.* 1. & qui multa contra UD. disputat A. Fab. 50. *Err. Prag.* 8. & 9.

17) Quia gravamen magis videtur adpositum hereditati quam personæ. Duar. *Lib.* 2. *Cap* 2. Gomez. 2. *Resol.* 10. *n.* 43 vid. & *infra Lib.* 8. *C.* 29. *Not.* 6.

CAP. XIII.

Quale sit jus accrescendi in pluribus heredibus, quorum plures quam unus, portiones suas agnoverint, uno, aut pluribus aliis deficientibus. In eo proprie duo hæc quæri: An quæ hic deficit portio, accrescat semper omnibus, qui heredes exstiterunt, an non semper. Et si quando accrescit pluribus, quatenus id fiat. Jus de utroque expositum, & in eo de tribus generibus conjunctorum.

De pluribus portionem suam agnoscentibus duplex quæstio, & quæ nam. I.
Quo modo definiatur prima. II.
Quo modo altera. III.
Conjuncti dicuntur qui ad eandem hereditatem, aut rem vocantur. IV.
Conjunctorum tria genera. V.
Re tantum conjuncti *dicuntur, qui ad eandem sive hereditatem, sive rem vocati sunt disjunctim; qui iidem, quod oratione disjungantur, etiam disjuncti vocantur.* VI.
Conjuncti re, & verbis *sunt, quos & nominum, & rei complexus jungit.* VII.
Conjuncti verbis tantum, *dicuntur qui eadem ratione ad eandem hereditatem vocantur additis his verbis:* æquis partibus. VIII.
Quid inter re, & verbis conjunctos, & conjunctos verbis tantum, intersit. IX.
Si omnes conjuncti sunt, aut omnes disjuncti, deficientium portionem accrescere omnibus, qui suam partem agnoverunt. X.
Si promiscue conjunctim, disjunctimque instituti, deficientis disjuncti portionem omnibus; conjuncti, solis conjunctis accrescere. XI.
Hæc exemplis declarantur. XII. seqq.
Verbis tantum conjunctum in portione secum eodem genere conjuncti præferri non re tantum, sed & re, & verbis conjunctis. XV.
Incidere sententiam hanc in duas reprehensiones. XVI.
Vere esse conjunctos, quos verbis tantum conjunctos dicimus. Argumenta quædam, ac loca, quæ huic sententiæ contraria videantur diluuntur. XVII. seqq.
Inter verbis tantum conjunctos ita est jus accrescendi, ut, uno ex his deficiente, solus, qui secum eodem modo conjunctus esset, admittatur. XXV.
Quidquid hic accrescit, si quidem vel conjunctim omnes, vel omnes disjunctim instituti sint, singulis non ex æquo, sed pro portionibus hereditariis accrescit. XXVI.
Si permistim instituti sint disjuncti, & conjuncti, hi unius personæ vice funguntur. XXVII.
Jus hoc etiam inter heredes legitimus locum habet. XXVIII.

I. Si plures sint heredes, qui portiones suas agnoverint, si qui sunt, quibus portio deficientium accrescet, in his eadem omnia servantur, quæ obtinere diximus in uno, qui solus partem suam admiserit. Sed in his prima hæc quæstio est hujus generis propria, utrum portio deficens accrescat istis omnibus: sequens altera si accrescit pluribus, quatenus accrescat, utrum ex æquo, an aliter.

II. Et de utroque exstat definitio Justiniani in *d. L. unica*, §. *his ita*, *C. de cad. tol.* in hanc sententiam, ut si omnes heredes [1] conjuncti sunt, seu omnes conjunctim instituti; unius deficientis portio accrescat omnibus, qui suas partes agnoverunt: idque non ex æquo, sed pro hereditariis portionibus. Idem juris sit, si omnes disjuncti sint, seu omnes disjunctim instituti.

III. Quod si permisti sint conjuncti, & disjuncti: idest, omnes ad hereditatem vocati ita, ut quidam conjunctim instituti sint, quidam disjunctim, & separatim: sit hæc distinctio, ut, uno ex conjunctis deficiente, ejus portio solis conjunctis, qui here-

[1]) Conjuncti sunt quibus eadem res eodem successionis genere relinquitur, vid. Duar. *Lib.* 1. *de Jure accresc.* C. 5. Jo. Suer. *Li.* 2. *de Jur. accresc.* C. 3. Nec jus accrescendi est inter eos, qui diverso successionis genere, vel ex diverso jure succedunt *L.* 16. *Quib. mod. us. amitt. L.* 6. *de bon. possess.* Gomez. 1. *Resol.* 10. n. 16. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progr.* §. 23. n. 86. Suer. *d. Lib.* 2. *Cap.* 1. *in fin.* & *Cap.* 3. *initio.* Quod tamen perpetuum non esse contendit A. Fab. *So. Err. Pragm.* 7.

heredes exstiterunt, accrescat: uno deficiente ex disjunctis, ejus portio accrescat omnibus.

IV. Non potest hæc definitio intelligi, nisi cognoverimus, qui sint, quos conjunctos constitutio vocat, quos disjuncto: nec jus superius cognosci, quale sit, nisi exemplo opposito res explicetur. Hinc cum idem jus esset apud veteres, incertius quidem, quæ res materiam præbuit superiori definitioni Justiniani; idem tamen: res peperit quæstionem, quæ in scriptis eorum toties occurrit, de conjunctione, seu de conjunctis, dum hoc quæritur, quot genera conjunctorum sint, & quæ sint: tum quod jus sit singulorum in jure accrescendi. De eo igitur sic paucis habendum est. Conjunctos cum heredes, tum legatarios generaliter vocamus eos, qui ad eamdem rem vocati sunt vel testatoris judicio, vel lege. Si sunt heredes; qui vocati sunt ad eamdem hereditatem. Si sunt legatarii; qui vocati sunt ad eamdem rem; seu quibus eadem res legata est, ut est in §. *si eadem. Instit. de. leg.* Inter alios non est jus accrescendi. *L. pen. D. de us. acc.*

V. Ex his quidam sunt re tantum conjuncti, non etiam verbis, & oratione; quidam [a] etiam verbis. Et ex his, qui verbis conjuncti sunt, quidam sunt conjuncti re, & verbis, quidam dicuntur verbis tantum conjuncti. Quæ si conjungantur inter se, efficiuntur genera illa [3] tria conjunctorum nostris usurpata, ut alii sint re tantum conjuncti; alii conjuncti re, & verbis; alii verbis tantum. Exstat hæc divisio in *L. triplici. D. de ver. sign.* & *L. re conjuncti*, 89. *D. de leg.* 3.

VI. Re tantum conjuncti dicuntur, qui ad eamdem sive hereditatem, ut heredes, sive rem, ut legatarii, vocati sunt disjunctim: id est, [4] diversis orationibus, ut in heredibus: *Primus heres esto. Secundus heres esto. Tertius heres esto.* In legatariis hoc modo: *Titio Stichum do lego. Sejo Stichum, aut eumdem Stichum do lego*, d. §. si eadem *de leg.* In hac appellatione ambiguitas verbi, ne nos fallat, observanda est. Dicuntur enim isti & conjuncti, & disjuncti. Utrumque recte, prout hæc ad rem, aut ad verba referuntur. Si rem spectamus, ad quam vocati sunt, sunt conjuncti. Sunt enim conjuncti in eamdem rem, unde & dicuntur re conjuncti. Si spectamus orationem, qua vocantur, & verba, sunt [5] disjuncti, & separati. Sunt enim disjuncti verbis, cum cæteri verbis conjungantur. Et hinc in usu juris cum in his, qui ad eamdem rem vocantur, aut inter quos agitur de jure accrescendi, nominantur aliqui disjuncti, & separati, hoc verbo *re tantum conjuncti* intelliguntur. *L. plane*, 34. in pr. *D. de leg.* 1. *L. unica*, §. *his ita*, ver. *sin vero. C. de cad. tol.*

VII.

a) Addunt DD. Conjunctionem legalem. Sic conjunctos faciunt plures dominos servi communis. Sed Vasq. *d. Lib. 3.* §. 21. *n.* 44. illam non conjunctionem esse scribit, sed communionem, cum ab ipsa lege conjuncti esse negentur *L.* 20. *de leg.* 2. Et Rob. 2. *Sent.* 24. nec realem esse conjunctionem, quia partes adsignatæ, neque verbalem, quia non viriles. A. Fab. 49. *Err. Pragm.* 4. vult: non esse conjunctionem legis in *d. L.* 20. sed verbis conjunctos esse dominos servi. Quia cum servus ex persona sua sit incapax legati, necesse est intueri personam domini. Quare relinquens servo duorum, ambos dominos in relicta conjungit dominicis portionibus. Ceterum qui ab intestato lege vocantur non absurde lege conjungi quis dixerit, tametsi conjunctionis legalis Jurisconsultis nulla mentio. Duaren. *Lib. 1. de I. accresc. C.* 14. Unde & Jo. Suar. *Lib. 1. de I. accresc. C. 4. cir. fin.* conjunctionem aliam legis esse, ut in hereditatibus legitimis, aliam hominis, ut in ultima voluntate.

3) Ita & Vult. *in §. ult. I. de donat.* n. 5. Conjunctionem aliam simplicem esse, & vel re tantum, vel verbis tantum, aliam mistam re, & verbis.

4) Quantumvis contiguis, ac proxime vicinis, immo etsi intercedat copula; ut A. heres esto, & B. heres esto. Vasq. *Lib. 3. de Success. progr.* §. 21. *n.* 5. & *n.* 41. ubi refert dissentientes. Sunt qui præterea ad conjunctionem realem duo requirunt. 1. Ut fiant partes per concursum, non si pluribus separatim legetur, hoc adjecto, quod singuli habere debeant in solidum. 2. Ut vocentur expressa voluntate defuncti, non legis dispositione vid. Vasq. *d.* §. 21. n. 22. & *seqq*

5) *L.* 1. §. 3. *de Usuf. accresc.* Disjuncti sunt comparati videlicet cum cæteris, quia conjunctio hic tantum generalis. Duar. *Lib.* 2. *Cap.* 11. Suar. *Li.* 2. *C.* 3. *pag.* 100. Hos autem quia LL. disjunctos vocant, vult Bartolus non proprie conjunctos dici. Quod displicet Vasquio *d.* §. 21. *n.* 2. Sane diversi sunt a re conjunctis omnimodo disjuncti, quibus eadem, vel diversis orationibus, diversæ res relictæ, aut Titio & Sejo singulos servos lego inter quos jus accrescendi non est. *L.* 84. §. *pen. de leg.* 2. Vasq. *Lib. 1. de Suc. progr.* §. 10. n. 114. Donellus noster in *Ep. ad* Alb. Gent. *in Op. post.* Sed an omnimodo disjuncti sunt, quibus ejusdem rei separatæ portiones diversis orationibus relinquuntur E. g. A. ex semisse heres esto, B. ex altero semisse heres esto? Ita volunt Gomez. 1. *Resol.* 10. n. 25. & *n.* 33. *ac seqq.* si concurrat, inquit, omnino disjuncto aliquo modo conjunctus præfertur *L.* 63. *de her. inst. L. un.* §. 10. vers. *sin vero quidam C. de cad. toll.* Si vero omnes sint omnino disjuncti, deficientis pars omnibus accrescit *d. L.* 63. & Fab. Eo. *Err. Prag.* 7. & *passim.* Omnimodo disjunctos in hereditate habere jus accrescendi, quae ibi est ex necessitate, non vero in legatis, ubi ex conjunctione. Sed Duar. *Lib.* 1. *C.* 4. & *c.* 11. non posse evenire in hereditate, ut coheredes non sint conjuncti. Legatarii possunt nullo modo esse conjuncti, si uni Stichus, alteri Pamphilus, etsi eadem oratione, legetur. In hereditate autem, etsi partes a testatore adscriptæ, heredes omnes conjuncti, & ad eamdem rem vocati, quia partes sunt indivisæ, nec divisio ea facit ut res eadem non maneat *L. Mævius* 66. §. 2. *de leg.* 2. Idem est etsi plures ex certis rebus heredes scripti sint. Accipiuntur enim ac si æqualiter instituti illæ res cuique legatæ essent *L.* 17. *de her. inst.* Sed & in legatis partibus indivisis factis, non sunt plane disjuncti, ut Mævio partem fundi dimidiam, Sejo dimidiam lego *L.* 41. *pr. de leg.* 2. quia confusa penitus unius portio cum altera; nec iste vel glebam unam sibi proprium adserere potest. A. Gentil. 1. *Lect.* & *Ep.* 4. Secus si divisæ partes, ut Mævio anteriorem partem fundi, Sejo posteriorem lego; quia fundus regionibus divisus plures efficit. Hereditas autem in partes divisas scindi nequit. Nec uti plures partes fundi, ita & plures hereditates facere licet, Vasq. *Li.* 3. *de Succ. progr.* §. 23. n. 36. & *seq.* Harum autem ignorationem errores peperisse scribit Duar. *d. Li.* 1. *C* 1.

VII. Re, & verbis conjuncti sunt, qui ad eamdem hereditatem, aut rem [6] eadem oratione vocati sunt: &, ut Ulpianus definit in *L. triplici. D.* de verb. sig. *quos nominum, & rerum complexus jungit*: veluti, *Titius, & Mævius ex parte dimidia heredes sunto: Titio & Mævio Stichum do lego*, d. L. triplici, §. *si eadem. Instit. de leg.* Quam varie autem eadem oratione in eamdem portionem hereditatis, aut rem conjungi aliqui possint, docet Ulpianus in *d. L. triplici.* Et in eo explicando is locus consumitur.

VIII. Verbis [7] tantum conjuncti sunt, qui eadem quidem oratione, & ad eamdem hereditatem, aut rem vocantur similiter, ut re & verbis conjuncti, sed additis his verbis, *ex æquis partibus*: hoc modo, *Titius, & Mævius heredes sunto* [8] *ex æquis partibus*: *Titio, & Sejo fundum illum æquis partibus do lego*. Sic describitur hoc genus a Paulo in *L. re conjuncti. D. de leg.* 3.

IX. Itaque inter re, & verbis conjunctos, & conjunctos verbis tantum hoc solum interest, quod in re, & verbis conjunctis partes æquæ non exprimuntur a testatore, etsi has ille fieri vult; in iis, qui verbis tantum conjuncti sunt, exprimuntur: quæ differentia tacite notata est in *L. si duobus*, 16. §. *ult. D. de leg.* 1.

X. His generibus cognitis, redeo ad definitionem Justiniani, & veterum. Si igitur omnes heredes ita instituti sunt, ut sint omnes re tantum conjuncti; aut omnes conjuncti re, & verbis; aut omnes verbis tantum: uno deficiente, portio ejus accrescit [9] cæteris omnibus, qui suas portiones agnoverunt.

XI. Sin instituti ita permisti sint, ut quidam sint re tantum conjuncti, quidam re, & verbis, quidam [10] verbis tantum: hic

6) Magis vero conjuncti sunt, qui per nomen collectivum, quam qui per copulam, Vasq. *Li.* 1. *de Succ. creat.* §. 10. *n.* 154. Et sic interdum ex conjunctis ejusdem generis alii conjunctiores, & cæteris potiores qui collectim vocantur. Ut: Titius & fratris mei filii heredes sunto. Hic Titius ad unum semissem, fratris filii ad alterum vocantur: ac licet Titius cum fratris filiis sit re, ac verbis conjunctus, tamen filii simul vocati, sunt magis conjuncti per nomen collectivum. Unde deficiente uno ex filiis fratris, pars ejus fratribus solis accrescit, non vero Titio; Duar. *L.* 2. *C.* 9. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 31. Vasq. *Li.* 3. *de Success. progr.* §. 21. *n.* 33. *& seq.* ubi ait, filios in unam separatam dimidiam conatos conjunctiores esse sibi invicem, & re & verbis magis conjunctos, quam Titio; non vero verbis tantum conjunctiores, & re æqualiter conjunctos, ut Bartolus & DD. volunt; quia, ut posita verbali conjunctione, regulariter ponitur realis; ita & arctiorem verbalem sequitur realis arctior. Ex. gr. Titius, & fratris mei filii, & sororis meæ filii heredes sunto. Deficiente uno filio fratris, fratribus accrescit: nihil nec Titio nec sororis filiis. Deficientibus autem omnibus fratris filiis, Titio dimidia, & sororis filiis dimidia. Quod si sic scriptum, Titius heres esto: Fratris mei filii, & sororis filii heredes sunto: deficientibus omnibus ex sorore, accrescit solis fratris filiis utrisque conjunctis, non autem Titio tantum conjuncto.

7) Qui vocati eadem oratione sunt adsignatione, vel expressione partium, Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 24. licet non intercedat copula, quia non copula *&*, *que*, aut similis facit verbalem conjunctionem, sed unitas orationis plures honoratos complectens, *L.* 142. *vers. videamus a de V. S.* Vasq. *Li.* 3. *de Succ. progr.* §. 21. *n* 6. *& n.* 42.

8) Quia tametsi ad eamdem rem vocentur, aliter nec conjunctio ulla esset: tamen ea in partes dividitur, Duar. *Lib.* 1. *C.* 6. ex ipsius testatoris voluntate, ac dispositione, cum in mista conjunctione fiant a lege, non ab homine: vid. Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 25. Vasq. *d.* §. 21. *n* 37. Quibus vero diversæ res, licet eadem oratione relictæ, verbis conjuncti non sunt *L.* 84. §. 12. *de leg.* 1. Duar. *Li.* 1. *C.* 8. Nec igitur probe A. Fab. 49. *Err. Prag.* 3. verbis conjunctos describit qui eadem oratione vocantur ad res diversas. Verba enim *æquis partibus* facere, ut diversæ sint res, nec partem uni datam eamdem esse cum parte alteri data, tametsi indivisæ sint. Quibus occurrere licet ex Not. *supr.* n. 5. & ex Don. not. *infr. h. Cap.* Diversitas partium indivisarum res diversas non efficit. Quod si divisæ sint partes, nulla conjunctio est, God. *in L.* 142. *de V. S. n.* 8. nec recte Vult. *in* §. *ult. I. de don. n.* 6. in verbali conjunctione partes cuique non intellectu tantum, sed & corpore attributas esse. Quæ verba apta sint ad hanc conjunctionem, pete ex Duaren. *Lib.* 1. *C.* 8. Vasq. *d.* §. 21. *n.* 30. *&* §. 26. *n.* 1. regulam constituit: Posita verbali conjunctione, ponitur realis, atque ita mista, nisi per adjectionem æque, vel æquis partibus impediatur. Quod si partes inæquales licet indivisæ, adsignatæ verbis, conjuncti non sunt, quia non possunt illæ describi, nisi diversis orationibus. A. Fab. 49. *Err. Pragm.* nec tamen ideo disjuncti sunt, ut vult Faber, sed re tantum conjuncti.

9) Tametsi DD. inter re conjunctos ponunt jus non decrescendi, Vasq. *d.* §. 21. *n* 51. *& seq.* P. Greg. 46. *Synt.* 11. n. 1. Rob. 1. *Sent.* 25. *in fi.* Math. 1. *de vita I. C.* 20. *n* 14. Vul. *in* §. *ul. I. de don. n.* 9. *per L. un.* §. 11. vers. *Sin vero nemo*, ubi Imperator ipse a jure accrescendi distinguere videtur *C. de cad. toll.* ac ita proprie, & partite vocari inter legatarios, ac fideicommissarios, quibus singulis tota res relicta, nec partes nisi concursu fiunt. A. Fab. 49. *Err. Prag.* 1. *&* 4. Sed verbum decrescendi veteribus ICtis ignotum, qui accrescere dicunt etiam quando non decrescit. Suer. *de Usuf. accr. pag.* 33. spectantes magis voluntatem testatoris, quam expressionem verborum. Duar. *Lib.* 1. *C.* 11. Nec quia ab initio re conjuncti partes non habent, ideo minus illis accrescit, cum non partium, vel solidi assignatio, sed voluntas testantium plures ad eamdem rem vocantis causa sit juris accrescendi. Nec simpliciter ex re conjunctis quisque habet solidum, sed si non alter concurrat. Quin imo in omni conjunctione ab initio solidum habetur. Nec Imperator in *d.* §. 11. negat, re conjunctis simpliciter accrescere, sed eo modo, quod mistim conjunctis, vid. Jo. Suev. *Lib.* 1. *de Jur. accr. C.* 5.

10) An inter verbis conjunctos jus accrescendi sit, anceps contentio est, ac quæstio, in qua pronunciare Prætori liceat, *non liquere* ut Joan. Suev. *Li.* 1. *de I. accr. C.* 3. *pag.* 126. qui btue inde hanc quæstionem disputat. Affirmant cum nostro Duar. *Lib.* 1. *C.* 10. Egu. Baro *in* §. 8. *I. de legat.* Rob. 2. *Sent.* 25. Vult. *in* §. *ult. I. de don. n.* 9. *&* 10. Gomez. 1. *Resol.* 10. n. 32. Alb. Gent. 1. *Lect. & Ep.* 4. God. *in L.* 142. *de V. S.* n 10. Cujac. 24. *Obs.* 34. *& in L.* 66. *de her. inst. & in d. L.* 142. *de V. S.* distinguit, ut si, testator affectavit brevitatem, inanis conjunctio sit *d. L.* 66. *de her. inst.* Si vero consulto consilio, & dedita opera conjunxerit, pariat jus accrescendi, ac tantum possit quantum duplex conjunctio, quasi tunc ex mente testantis etiam re conjuncti censeantur. Sed jus accrescendi verbis conjunctis negant Govean. *de Jur. accresc. n.* 26. Rob. 1. *Sent.* 24. acerrime (sed si soli sint ejusdem rei ad diversas partes vocati, non si aliis permisti, ut infr.) A Fab. 6. *Conj.* 1. *p.* 280. ne testatore liberaliores in re, quæ ex liberalitate proficiscitur demus totum cui testator disertis verbis non nisi partem dedit & 49. *Error. Pragm.* 4. In hereditate quidem admittit jus accrescendi cum ibi sit ex necessitate juris, nec portio vacans alium habeat cui obtingat. At nunquam in legatis, per d. rationem & *per L.* 20. *de leg.* 2. *L. pen. de Usuf. accr.* item per *L.* 3. *Pr. de Usuf. accr.* qua probatur, toties juri accrescendi locum esse, quoties concursu partes fiunt. Hæ autem sunt ab initio, item per *L.* 34. §. 9. *de leg.* 1. quam de verbali conjunctione accipit, ut & *L.* 16. *pr. de leg.* 1. Licet enim, ait, magis proprie conjuncti vox de re conjunctis prædicetur, tamen hic interpretatio alia, ut absurditas evi-

hic valet superior distinctio, ut uno ex his, qui re tantum conjuncti sunt, deficiente, ejus portio cæteris accrescat omnibus, qui portiones suas quæsitas habent; uno autem deficiente ex cæteris, portio accrescat solum conjuncto.

XII. Sit autem hoc jus in hoc exemplo expositum, quo eodem Baro docte, & ad docendum appositissime usus est ad §. *si eadem. Inst. de leg.* Primus, & Secundus mihi heredes sunto. Tertius heres esto. Quartus heres esto. Quintus, & Sextus heredes sunto æquis partibus. In hoc exemplo licet observare tria ista genera conjunctorum. Primus, & Secundus re, & verbis conjuncti sunt, ut eadem oratione instituti non expressis partibus. Tertius & Quartus aperte re tantum conjuncti & ipsi inter se, & item cum cæteris; uti & cæteri cum his item re tantum conjuncti: quoniam & hi a cæteris, & cæteris ab his oratione sunt disjuncti. Quintus, & Sextus sunt conjuncti verbis tantum, utpote instituti eadem oratione additis his verbis, æquis partibus. De jure accrescendi inter istos quæritur, quorum deficientium portiones quibus accrescant, & quatenus. Eamos ordine per genera superiora, uti a nobis proposita sunt. Sic res commodissime intelligetur.

XIII. Sumamus primum re tantum conjunctos Tertium, & Quartum. Dicimus, si cæteris omnibus portiones suas admittentibus, solus Tertius repudiet, hujus portionem pariter accrescere [11] omnibus. Scilicet quia ita reperietur cæteros omnes cum eo fuisse uno modo pariter conjunctos, nempe re tantum; ut nihil caussæ esse possit, cur hic unius ex cæteris, aliis præferatur. De Quarto non dubitatur. At Primus, & Secundus, Quintus, & Sextus in eadem caussa sunt. Primus quidem, & Secundus conjuncti sunt re, & verbis: sed inter se; cum Tertio, de cujus portione agitur, non sunt. Quintus, & Sextus conjuncti verbis; sed & hi inter se, cum Tertio non nisi re conjuncti, quippe omnes cum Tertio instituti diversis orationibus.

XIV. Sumamus secundo loco in eodem exemplo re, & verbis conjunctos Primum, & Secundum. Dicemus, Primo deficiente, ut maxime cæteri omnes coheredes portiones suas agnoverint, soli tamen Secundo re, & verbis conjuncto deficientis portionem accrescere: nulli præterea ex cæteris. Quippe qui ab his sint disjuncti; & quod idem est, cum his sint re conjuncti tantum, non etiam re, & verbis. [12] Æquum sit autem eum, qui conjun-

eritetur. Et hoc esse idem 49. *Err. Prag.* 9 quod *in L.* 89. *de leg.* 3. verbis tantum conjunctus dicitur partes habere semper, id est omni casu, ab initio, & ex post facto; nec unquam totum, aut plus, quam adsignavit testator, consequi. Probabilis equidem hæc opinio, & rationibus adversis a Fabro probabiliter occurritur ut *N. sepp.* Communis tamen quoque opinio facile defendi potest. Negari enim potest, *hic voluntatem testantis refragari*, qui immo conjungendo, ac ad eamdem rem plures vocando, licet expressis partibus ostendit, velle se quidem ut singuli partes adscriptas habeant, sed si concurrant, ac ita quisque solidum habet ex voluntate defuncti sub conditione, si conjuncti non concurrant; Baro *ad* §. 8. *I. de legat.* Prædilectus certe videtur in eadem re verbis conjunctus præ herede, vel omnino disjuncto. Alias quis esset conjunctionis hujus effectus, aut quid distarent sic conjuncti a re, & verbis separatis. Si sola orationis identitas hanc conjunctionem efficit, nec minus ad diversas res vocati habendi sunt, quibus partes ouios rei æquæ ac indivisæ uno sermone relictæ, utique & quibus pariter duo diversa corpora legata, ex. g. *Cajo, & Sejo singulos servos lego*, verbis conjuncti erunt. Atqui sunt omnino disjuncti *L.* 84. §. *pen. de leg.* 1. Ad *L.* 20 *de leg.* 2. Resp. ibi plane nulla conjunctio, ut & verba ipsa convincunt, & quia partes non æquæ, sed dominicæ. Ad *L. pen. de Usufr. accresc.* Resp. noster. *Num.* 21. Ad regulam *ex L.* 3. *de Usufr. accr.* Resp. In omni conjunctione partes & concursu fiunt, *L.* 80. *de leg.* 3. & ab initio habentur, *L.* 34. §. 9. *de leg.* 1. diversa ratione. Re conjuncti ex verbis habent solidum, partes ex interpretatione voluntatis, quasi exceptione adjecta nisi concurrant. Verbis conjuncti partes habent ex verbis; ex voluntate solidum quasi exceptione adjecta, nisi alter non petat. Duaren. *Lib.* 1. *C.* 11. Baro *ad* §. 8. *I. de leg.* Donel. noster *infr. Lib.* 8. *C.* 20. Gœd. *in L.* 142. *de V. S. n.* 10. Joan. Suev. *Lib.* 1. *de I. accr. C.* 5. *p.* 45. *& seq.* Ad *L.* 34 §. 9. *de leg.* 1. Resp. non posse de verbis conjunctis maxime salis accipi. Quia cum indistincte loquatur de conjunctis, minime excludendi mixtim conjuncti, qui conjunctiores cæteris. Ad *L.* 89. *de leg.* 3. Resp. semper, id est & ab initio ex verbis, & ex post facto per concursum ex voluntate, conditione exceptionis deficiente.

11) Vid. Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. prog.* §. 22. *n.* 14. *&* n. 21 Sed ne oisi testatorem aliud voluisse liqueat, ut si ita: Titius, & fratris mei filii *æque* heredes sunto. *L.* 13. *pr. de hered. inst.* vid. Duar. *Li.* 1. *C.* 9.

12) Quia nihil hab nt quod cæteris commune non sit, nullam habent prærogativam. Duar. *Li.* 2. *C.* 11. Suev. *L.* 3. *de Jure acc esc. C.* 1. *pag.* 150 Et de re conjunctis quoque loquitur *L.* 41. *pr. de leg* 2. cum aperte dicat, *separatim* partes fundi & usum legatum esse, Cujac. 24 *Obs.* 35. Don. noster *in Ep. ad* Alb. Gent. Vasq. *Li.* ii. *de Succ. progr.* §. 22. *n.* 1. *&* 2. (qui tamen in eo labitur quod in *d. L.* 41. Mævium, & Sejum magis inter se conjunctos statuit, quam cum Titio: & Mævium præferri Titio, quia inter re tantum conjunctos sit locus prælationi, quando alii magis re conjuncti; quod directo adversatur *d. L.* 41.) qui & *d.* §. 22. *n.* 21. *& seqq.* varias, & variantes interpretationes *d. L.* 41. adfert. Nos Mævius, & Sejus sunt verbis conjuncti, ut Forent. *Dial.* 59. n. 6. Char. 2. *veris.* 14. quia non sola expressio partium requiritur in verbali conjunctione, sed & eadem oratio, &, ut prius ambobus simul, & semel legetur, deinde partes exprimantur. Don. *d. loc.* Parhisius 4. *Contr.* 98. Nec partes indivisæ realem conjunctionem impediunt: A. Gent. *in Ep. ad* Don. 1. *Lect. & Ep.* 4. vid. not. *supr. n.* 5. Nec re & verbis inter se disjuncti, cum Titio vere re tantum conjuncti, ut A. Fab. 49. *Err. Prag.* 8. Sic enim soli Titio accresceret. Replicat Faber, ideo & Mævium admitti, quia quando duobus re disjunctis, conjungitur tertius conjunctione reali, concursu illius fit, inquit, ut qui ab initio re & verbis disjuncti ex post facto reperiantur re conjuncti per revocationem amborum partium, quæ singulis legatæ, ad eam solam, quæ cuique relicta erat. Ut hic Titii, qui tantum habere debet, quantum Mævius, & Sejus, portio reducitur ad semissem: & Mævii, itemque Seji partes ad quadrantem, seu duo eorum semisses ad unum. Et sic Mævius & Sejus re conjuncti fiunt, se ad eumdem semissem vocantur. Quare eum tempore, quo de prælatione quæritur, omnes re tantum conjuncti sint, pari jure utuntur. Sed licet hæc arguta dicantur, præposterum tamen videtur, concursum, caussam conjunctionis constituere, cum tamen eam efficiat ipsa testatoris dispositio, plures ad eamdem rem eodem testamento vo-

junctus sit utroque modo, præferri ei, qui conjunctus sit altero. Vel potius, quæ Justiniani ratio est, & vera, quia conjuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, unde & partem conjunctorum sibi heredum quasi suam præoccupant. *d. L. unica*, *§. his ita*, ver. *hoc ita tam varie*, *C. de cad. tol.*

XV. Veniamus ad verbis tantum conjunctos Quintum, & Sextum. Convenit Justiniani definitioni superiori, ut in his dicamus idem, quod de iis, qui re, & verbis conjuncti sunt: idest, ut si unus ex his defecerit, puta Quintus, hujus portio accrescat [13] solum Sexto, ut conjuncto: idest, verbis conjuncto, ut conjunctum in ea definitione accipere debemus. De qua sententia quominus dubitemus, hanc ipsam Paulus expressit in *L. re conjuncti*, *D. de leg.* 3. Sic enim scribit: *quod si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non quæstionis est; an conjunctus potior sit, & magis est ut & ipse præferatur.* Hæc sic accipe, ut sit, ipse, de quo quæsitum est: idest, verbis tantum conjunctus. Et ipse, idest, ipse solum, ac non is, qui re, & verbis conjunctus est. Præferatur autem: nimirum omnibus aliis; quia cæteri deficienti non sunt conjuncti oratione, ut est is, qui verbis conjunctus est.

XVI. Sed incidit hæc sententia in duas reprehensiones. Una est, qua probatur, hos conjunctos non esse, eoque nec esse inter eos jus accrescendi; tantum abest, ut debeant hi in jure accrescendi cæteris præferri. Altera, quæ efficit, etiam si maxime hi sint conjuncti: tamen absurdum esse eos præferri iis, qui, re & verbis conjuncti sint.

XVII. Ac videamus, dixerit aliquis, ne verbis tantum conjuncti absolute non sint conjuncti, quales nunc quærimus; quod & nonnullis visum est. Id quidem ipsa appellatio statim a principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantum conjuncti: item verbis conjuncti, non re. *d. L. triplici*, *d. re conjuncti*. Vel hinc statim efficitur, conjunctos non esse. Quibus eadem res relicta non est, sed diversæ, &, ut nunc loquimur, qui in eamdem rem conjuncti non sunt: quamvis his relictæ res sint eadem oratione, tamen non concurrunt: idest, non sunt conjuncti, nec inter eos est jus accrescendi. *L. penult. D. de us. accr.*, quod in hoc exemplo, Titio, & Mævio singulos servos do lego, declaratur in *L. hujusmodi*, *§. penult. D. de legat.* 1. At tales sunt conjuncti verbis tantum, qui conjunguntur quidem eadem oratione, at in camdem rem non vocantur; non denique re una conjungantur, idque & verbum ipsum, & expressio partium singulis attributarum ostendit. Plane igitur non sunt conjuncti, non ii, inter quos jus accrescendi esse volumus. Et illud verissimum est, estque omni modo in jure accrescendi retinendum, nullos esse conjuncto, ad quos jus accrescendi pertineat, nisi qui re sint conjuncti: idest, vocati ad eamdem rem, aut hereditatem. *d. L. penult. de us. acc.* Sed verbis tantum conjuncti qui dicuntur, iidem sunt & re conjuncti. Ideo maxime conjuncti. Nam, ut loquamus de heredibus: si qui instituantur ita, ut sint ii, quos verbis conjunctos vocamus, constat, eos ad eamdem hereditatem vocari. Conjunguntur autem re omnes, quibus eadem res relinquitur: &, quod idem est, qui

ad

re vo..notis. Duar. *Lib.* 2. *C.* 5. Concursus non efficit conjunctionem; sed facit, ut partes habeant antea conjuncti, qui ideo concurrere possunt, quia conjuncti. Utrumque est ex conjunctione, & ut concurrere possint, si velint, ac quilibet eorum partem rei habeat, ad quam, nisi conjunctus esset, non admitteretur. Et ut, si quidam nolint, reliquis accrescat, ac in eorum lucro sit, quod nis non præcipit alter. Quin imme omni conjunctione reali, ac mista solidum ab initio, concursu partes habentur *L.* 80. *de leg* 3. quod passim Faber inculcat. Ergo necesse est conjunctionem ante concursum considerari. Quare aperta Fabri sententiæ pugna inest. Contradictio enim implicite his duobus enunciatis: Omnes conjuncti habent solidum ante concursum. At quidam re conjuncti efficiuntur per concursum. Idem Faber *Err. pragm.* 7. quod in *L.* 89. *de leg.* 3. habetur: *re conjunctum non esse potiorem*, ita accipit, quasi non præferatur omnimodo disjuncto. Quod probat 1. *per d. L.* 41. ubi Mævius & Sejus re & verbis disjuncti, quod falsum esse ostendi. Quid quod ex ipsius Fabri sententia, modo exposita, Mævius admitteretur cum Titio ad partem Seii, non uti disjunctus, sed uti jam conjunctus per concursum effectus: Sic secum ipsa Fabri opinio non convenit. 2. Quia nec alios, ait, esse ad quem quæstio de jure prælationis aptari possit. Si confers re tantum conjunctum: ridicula dubitatio, uter debeat vincere ex iis qui pari jure. Sin re & verbis, is omnino præfertur. Sin verbis tantum, non conveniunt seqq. Quid enim supervacuo diceret Is re tantum conjunctum non esse præferendum verbis conjuncto, quem mox dicit eidem postponendam esse. Sed hæc leve brachio subvertet quisquis speciem, ac exemplum Baronis, & Donelli nostri ob oculos habebit. Ridicula dubitatio esset, si poneretur hypothesis, ubi soli re conjuncti scripti sunt, nec permisti cæteris re & verbis; vel verbis tantum inter se, re autem cum his conjuncti. Ibi & verbis conjunctus omnino præfertur in portione secum eodem genere conjuncti, non in portione re conjuncti. Verbis tantum conjuncto postponitur re conjunctus non in portione alterius re conjuncti, sed ejusdem verbis conjuncti. Quocirca in dicto exemplo deficiente C. non est potior re conjunctus B. nec ministra conjunctis A. & B. non etiam ab illis excluditur, nec verbis tantum conjunctis. 2. & F.

13) Ubi enim in successione legitima duplex conjunctio sanguinis præfertur, ita & in conjunctione testatoris ex tacite, ec præsumpta voluntate ait Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 31. Exceptio est in *L.* 17. §. 1. *de hæred. instit.* Nisi sine parte instituti conjuncti re & verbis permisti sunt ex parte certa scriptis Ut A. & B. heredes sunto ex .. uncia, C. & D. heredes sunto. Hic deficiens portio D. non C. soli, sed & A. & B accrescit, quia quantum ad jus accrescendi non sunt conjuncti qui non parte scripti sunt d. §. 1. vid. Duaren. *Lib.* 2. *C.* 12. A Fab. *ap. Brri. Prag.* 2.

ad eamdem hereditatem vocantur, ut supra definivimus.

XVIII. Non mutat hanc conjunctionem rei, quod in his partes æquæ exprimuntur. Nam hæ partes non sunt divisæ, & certæ partes, quæ cuique divisim assignentur: sed indivisæ, nihilo magis rem dividentes, quam si expressæ non essent. Ac [14] propter has partes adjectas non fieri, quominus re conjuncti sint, qui instituun-

14) Ita & Baro in §. 8. *I. de legat.* Duar. *Lib.* 2. *C.* 7. quia & verbis conjunctus primo eadem ratione utitur, quo disjuncti ab ipso, sed re tantum conjuncti (cujusmodi illius respectu sunt etiam qui inter se re & verbis conjuncti) quod ad eamdem rem vocetur, & deinde hoc amplius habet quod eadem oratione, denique hoc satis convincit *L. un.* §. 10. ubi ratio, quia conjuncti propter unitatem, &c. æque convenit verbis conjunctis *C. de cad. toll.* ib *C.* 8. ponit exemplum commixtionis triplicis, ubi idem alii mistim, alii verbis tantum conjunctus sit, hoc modo. A. & B. heredes sunto æquis partibus. Ex qua parte A. institui, ex eadem C. heres esto. D. heres esto. Hic A. cum B. verbis, cum C. mistim conjunctus. Quare deficiente A. admittitur C. excluso B. Et ita hic aliquid præcipuum habet re & verbis conjunctus. Et Cujac. 14. *Obs.* 34. ac ad *L.* 142. *de V. S* (ita tamen ut *supr. n.* 13. *not.* 10.) & Pach. 4. *Contr.* 98. Dist. diversimode DD. Alii conjunctum verbis cum re conjuncto pariter admitti. Quæ receptior sententia, ut pluribus relatis Gomez. 1. *Var. Resol.* 10. n 32. quam probat tum per *L.* 66. *de her. inst.* tum quia ex voluntate defuncti utrique æqualem partem habeent in hereditate vi institutionis Ergo & in parte vacante vi juris accrescendi & God. in *L.* 142. *de V. S.* quia utrique unum habent vinculum altero carentre, & utarque per se partim expressum, partim ta item habet voluntatem defuncti, ac Grib. *in Com. ad d. L.* 89. qui, ne resistant verba extrema ibid. & *Lib.* 1. *de rat. stud. C.* 16. pro & *ipse*, reponit, nec *ipse*. Alii re conjunctum potiorem faciunt, de eo verba illic ultima excudientre, Charond. 2. *verisim.* 14. Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. progr.* § 22. n. 28. Licet enim inquit in *L. un. C. de Cad. toll.* verbis conjunctus etiam vocetur conjunctus, re autem conjunctus, disjunctus, tamen id procedit quoad lucrationem, ut eo magis teneatur verbis conjunctus ad subeundum onus legato impositum, ad quod re tantum conjunctus non tenetur. Quoad utilia vero favorabilior re conjunctus. Alii per verba illa accipiunt re & verbis conjunctum, Forc. *Dial.* 59. *n.* c. Denique post Gov. A. Fab. 49. *Err. Prag.* 7. verba illa de conjuncto verbis accipit, ac illis jus prælationis tribui scribit, licet jus accrescendi non habeat. Obiicit sibi: Jus prælationis præsupponit jus accrescendi. Resp. Verbis tantum conjunctum a testatore, per concursum tertii ab eodem re tantum conjuncto, fieri etiam re conjunctum, & ita ex post facto eo tempore, quo quæritur quis potior, deprehendere & verbis conjunctum. Speciem sic ponit, A. & B lego fundum Tosculanum æquis partibus. Eundem lego C. Hic A. & B. verbis tantum conjuncti. C. utrique re tantum, quia diversa oratione vocatus ad totum fundum, & ita ad easdem partes, quas A. & B. datæ, siquidem partes nihil sunt diversum a toto. Hic si C. agnoscit legatum, & concurrit, A & B. ex post facto per concursum C. etiam re conjuncti fiunt, cum nequeat A. semissem, B. semissem & C. totum consequi. Quare cum C. soli tantum obvenire debeat quantum A. & B simul, semisses reducuntur ad quadrantes, ut C. semissem habeat integrum. Proinde A. & B. re disjuncti a testatore partes adscribente, fiunt re conjuncti, atque ita re & verbis (verbis semper fuerunt, re fiunt) perinde ac si sic: A. & B. dimidiam fundi t Ejusdem aliam dimidiam C. lego. Unde deficiente A. accrescit soli B. qui eo tempore quo quæritur, uter potior, & verbis ex testamento, & re ex concursu, C. qui facit ut ad eandem rem vocetur, conjunctus est; cum C. sit verbis disjunctus, & re tantum conjunctus. Nec quicquam hic fit adversum voluntati defuncti: cui plus obvenit B. quam testator illi dedit, sed tantundem, scilicet dimidia pars fundi. Dices: Atqui & testator totum dedit C. Ex eadem igitur voluntate ad vacantem A. partem pro portione admittendus. Resp. Id ideo non fit, quia testator C. ab A. & B. verbis separavit. Realis conjunctio ex post facto induci potest, quia rei status, & conditio immutari potest, prout evenit ut tertius concurrat, vel non concurrat. Verbalis nequit, quia nec verba testamento ullo eventu immutari possunt. Obiic. Cur non fit reductio cum repetitione adjectionis; seu cur non is, qui sufficitur toto, habet easdem qualitates, ut pro æquis partibus A. & B. relictus videatur, quo maneant verbis tantum conjuncti. Resp. Quia reductio fit e lege contra voluntatem quasi defuncti ut eadem effectum habeat eo modo, quo potest. Et ideo sine repetitione verborum *pro æquis partibus*, quæ nec repeti necesse est, cum & alias Lex, quos simul vocat, ex æquis partibus vocet. Hæc summa est sententiæ Fabri ab auctore fusius expositæ, a me brevius, sed bona fide, conceptæ. Vult autem hoc dum jus prælationis concedendo, verbis conjuncto jus accrescendi non indulget, quod si C. non concurreret, tunc nulla facta esset realis conjunctio, & tunc B. deficiens dimidia non obveniret A. sed apud heredem maneret. Verum hæc opinio fundamento subverso *supr. n.* 12. *cir. med.* tota corruit. Sed ego apertius adhuc eam convellemus. Dico si vel illa ratio inducendæ per concursum Titii novæ conjunctionis subsisteret, quam contradictionem involvere *d. loc.* monstravi, verbis tamen *d. L.* 89. extremis minime convenire, nec ea expositione salvum illorum sensum servari. Quæstio est an verbis tantum conjunctus in parte conjuncti vacante permistis, a se verbis disjunctis, re autem conjunctis potior sit? His si dixeris JC. respondere, præferri eum, sed id intelligi de illo verbis conjuncto, qui non amplius talis est, sed tempore, quo de prælatione quæritur, re & verbis conjunctus reperitur: responsio quæstioni non erit accommoda, de alio, quam de quo quæsitum. Nam si de verbis conjuncto quæro, respondere me necesse est de eodem, qui tempore, quo quæritur, talis est; non de eo qui, forte antequam locus quæstioni fieret, talis fuit; postea autem desiit esse minime conjunctus effectus. Atqui non locus est quæstioni de prælatione, nisi adsit non tantum permistio, sed & concursus plurium diversi generis conjunctorum. Nam si omnes qui concurrunt, & agnoverunt, sint ejusdem generis, jus accrescendi simplex est, consentiente Fabro, nec nisi ridicule, ut ipse Faber scribit *d. Err.* 7. *pag.* 159. dubitatur an inter eos, qui eodem omnes jure sunt, alius alii præferatur, etsi deficiens forte alio modo sit conjunctus. Ex. g. A. & B. & C. lego fundum, D. lego fundum. Si D. portio vacet, nec levissime dubitatio est quin non unus ex A. B. & C. sed omnes simul admittantur; ac ita non est locus quæstioni de prælatione. Ac ut simili rem illustrem: si quærenti an servus obligari possit, aliquis respondeat obligari quidem, sed eum, qui antea servus, tunc cum contraheret, manumissione liber effectus, quis non ineptire eum dicet? Nec igitur conveniens ad quæstionem sic conceptam: An verbis tantum conjunctus præferatur re conjuncto, hujusmodi responsio. Præfertur quidem, sed is, qui ab initio ante concursum re conjuncti (& sic antequam esset locus quæstioni de prælatione) fuit verbis tantum conjunctus, nunc autem quando agitur de prælatione, re & verbis conjunctus concursu tertii effectus. Nam uti in illa quæstione intelligit quærens servum qui servus sit, cum de obligando agitur: ita hic is accipitur conjunctus verbis tantum, qui talis sit cum de præferendo agitur. Quid quod hac ratione etiam realis conjunctio per concursum extingui posset, & fieri mera disjunctio. Nam si per reductionem totius scilicet assis ad partes assis fit, ut perinde habeatur, ac si partes illæ assis adscriptæ essent. Ex Fabri autem sententia (licet non probata) diversitas partium, etiam indivisarum, facit ut diversæ res censeantur relictæ: Quibus vero diversæ res relictæ, illi re & verbis disjuncti sunt, fiet ex. g. in hac hypothesi. A. & B. lego fundum æquis partibus: Eundem C. lego. Eundem D lego, Eundem E. lego, ut omnibus agnoscentibus per reductionem totius ad partes, quæ haberi possunt, habeatur ac si sic scriptum sit: A. & B. lego quadrantem ex æquis partibus: C. lego alium quadrantem: D. lego alium quadrantem · E. lego alium quadrantem. Atque ita ex præsupposito Fabri (licet falso.) A. & B. a reliquis; item C. D. & E. a se invicem; itemque ab A. & B. fiunt re & verbis disjuncti. Atque ita concursus permistorum, qui aliquo casu conjunctionem realem inter eos qui ex testamenti dispositione verbis tantum juncti, induceret: inter ipsos re conjunctim verbis testamenti eandem tolleret. Cui necessario consequens esset, in portione acquisita in usufructu in proposito hypothesi jus accrescendi cessare. Neque enim esset inter A. & B. (ex sententia Fabri), quippe verbis conjunctos; neque inter reliquos, quippe per mutuum concursum

Digitized by Google

tuuntur æquis partibus, argumento sunt certissimo re, & verbis conjuncti: qui, & non expressis partibus, tamen ab initiu partes habent non minus. *L. plane*, §. *si conjunctim*, *D. de legat.* 1.

XIX. Nihil ad rem pertinet, quod in his partes significantur prupter personarum enumerationem. *Arg. L. cui fundus. D. de cond. & dem.* In iis, qui verbis tantum conjuncti sunt, partes exprimuntur, ut dixi ista distingui in *L. si duobus*, *in fin. D. de legat.* 1. Quid enim interest ad vim institutionis, aut legati, quumodo quid voluerit testator, dum voluerit: postquam in testamentis voluntas totum facit? *L. ex facto*, §. *rerum. D. de hered. inst. L.* 12. *in fin. D. de legat.* 1. Demus autem non facere: attamen si vere conjuncti sunt, qui sunt re, & verbis conjuncti, tametsi ab initio partes habent: necesse est & tales haberi, quos verbis tantum conjunctos dicimus, quamvis adjecta sint hæc verba, *æquis partibus*. Nam quæ non adjecta, intelliguntur tamen; ea si exprimantur, pro supervacuis habenda sunt. *L. Cornelius. D. de hered. inst.*

XX. At enim dicuntur isti verbis conjuncti tantum, quo significatur re non esse conjunctos. Atque adeo, ne qua sit dubitatio, dicuntur nominatim verbis conjuncti, non re in *d. L. re conjuncti*, *de legat.* 3. Et necesse esset, ista contraria videri, eoque aut illud prius, aut hoc posterius falsum esse, nisi hæc aliter, atque aliter dicerentur. Intelligendum est igitur, istos vere esse re conjunctos, ut sint non minus conjuncti, quam qui conjuncti sunt re, & verbis. Quod autem dicuntur verbis tantum conjuncti, seu verbis, non re; dicuntur ita ex eo, quod videtur: non ex eo, quod est. Nam re ipsa sunt conjuncti, ut ostendi. Sed in speciem non videntur, quia sunt instituti expressis partibus. Dicuntur autem ita ex comparatione re, & verbis conjunctorum: quia scilicet non ita sunt instituti, ut instituuntur, qui re, & verbis conjuncti sunt. Et ita res habet, ut vere dicturi simus, ex verborum conceptione, & forma, quæ se ostendit; has appellationes natas esse, non ex re, & sententia testatoris. Ad rem enim eamdem vocantur pariter judicio testatoris verbis tantum conjuncti: solum formula, & conceptio eos a prioribus separat; & conceptio ejusmodi, quæ, partibus æquis adscriptis, videatur, res diversas facere, quod tamen non ita est; non magis quam in re, & verbis conjunctis hæ partes judicio testatoris constitutæ res diversas facere intelliguntur.

XXI. Sed urgent propius quidam loci, in quibus hoc ipsum diserte traditum videtur: verbis tantum conjunctos, omnino conjunctos non esse, neque inter eos, ut oratiune conjunctos, esse jus accrescendi. In hanc sententiam est *L. pen. D. de usuf. acc.* ubi ita scribit Papinianus: *si æquis portionibus duobus ejusdem rei ususfructus legatus fuerit, fructuarios separatos videri. Inde fieri, ut inter eos jus accrescendi non sit.* Sed loquitur ibi Papinianus initio de duobus, aut pluribus fructuariis, quorum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei ususfructus legatus est. Ait, hos separatos videri: & addit, non minus, quam si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset. Hæc verba *æquis portionibus*, ad eosdem heredes referri debent, non ad rem cujus ususfructus relictus est. Estque hæc sententia: nihil interesse, utrum ususfructus alicujus rei legatus sit Titio ab uno herede, deinde ejusdem rei ususfructus Mævio ab altero herede: an vero Titio, & Mævio eadem oratione ejusdem rei ususfructus sit legatus ex æquis portionibus, non ejus rei, sed heredum, ut portiones ususfructus singuli fructuarii accipiant a singulis heredibus. Idque ita esse declaratur in fragmento sequenti, ubi hæc verba æquis portionibus sic explicantur, cum alius ab alio herede usumfructum vindicat. Quod non fit aliter, quam cum ususfructus ejusdem rei duobus legatus est pro portionibus æquis heredum. Bene negat Papinianus, hos esse conjunctos in eamdem rem. Cum hereditariæ partes prius sint divisæ; pro his autem partibus, & personis heredum ususfructus sit constitutus. Nos cum verbis conjunctos esse dicimus eos, quibus eadem res relicta est æquis partibus, hoc sentimus, quibus relicta

cursum reali conjunctione sublata, tempore, quo accrescere debeat, jam disjunctos effectos. Atqui & inter non conjunctos (intellige verbis, non autem re, quia idem dicitur esse in proprietate) ususfructus constitutus, & postea amissus jus accrescendi admittit *L.* 1. §. 3. *de Usufr. accr.* Quare cognitione utriusque, & sic concursu tametsi partes effectæ, tamen conjunctio realis non sublata, & sic etiam diversæ partes indivisæ tamen, non faciunt, quo minus eadem res conseatur. Denique nec dubium, quod sibi movet Faber expedit, Respondent quod verbalis conjunctio ex post facto induci nequeat. Nam si fatetur Faber, in suo exemplo non minus pro C. facere voluntatem defuncti, jus ita statutum erit, ut eo casu quamvis non fieret mistim conjunctus C. deficienti A. per concursum B. tamen in eadem causa sit, si modo recte Faber scripsit, in legatis nunquam præter, aut contra voluntatem testantis jus accrescendi induci; ex qua tota illius ratio petenda sit 49. *Err. Pr.* t. *p.* 138. Fateor ego quidem, non in eadem causa esse, sed ideo quia non fatear in parte verbis conjuncti voluntatem defuncti suffragari re conjuncto.

Digitized by Google

licta est æquis partibus ejusdem rei inter [15] se.

XXII. Objicitur in eamdem sententiam *L. si ita quis heredes*, 66. *D. de hered. inst.* ubi aperte negantur, conjuncti esse heredes ita instituti: *Cajus*, *& Mævius æquis partibus heredes sunto.* Proponebatur institutio hujusmodi: *Titius heres esto. Cajus*, *& Mævius æquis partibus heredes sunto.* Illic respondetur, si Cajus deficiat, ejus portionem non accrescere soli Mævio; sed omnibus coheredibus: idest, tam Titio, quam Mævio, pro portionibus hereditariis. Idemque esse, si deficiat Mævius, ut ejus portio accrescat æque Titio, & Cajo. Quibus verbis primum hoc significatur, etsi dederimus, Cajum & Mævium in proposito conjunctos esse: tamen unum ex his in portione conjuncti non esse cæteris, qui re tantum conjuncti sunt, potiorem. Sed adjicitur amplius, quod continet id, de quo quærimus. Ait enim Pomponius ideo alterutrius horum portionem accrescere omnibus, quia testator non tam Cajum, & Mævium conjunxisse, quam celerius dixisse videatur. Negat igitur aperte istos esse conjunctos. Et tamen ex definitione supra a nobis posita sunt isti verbis tantum conjuncti. Respondeo: quod dicimus, cum heredes ita instituti sunt, Quintus, & Sextus heredes sunto æquis partibus, hos esse verbis conjunctos, & vere conjunctos: sic intelligendum esse, ut & cætera, quæ pendent ex voluntate testatoris, nisi probetur testatorem aliud sensisse, quam ut istos in eamdem portionem seorsim a cæteris conjungeret. Nam in testamentis voluntas dominatur, & hæc totum facit, ut ante dixi. *L. ex facto* §. *rerum*, *D. de her. inst.* Porro ita est institutio superior, ut quemadmodum Pomponius loquitur, non videatur Cajum, & Mævium inter se [16] conjunxisse. Quo fit, ut nec contra voluntatem testatoris pro conjunctis habendi sint.

XXIII. At unde hæc voluntas colligitur? Ex ambigua oratione, in qua id, quod verisimilius est, sumitur. Nam hæc oratio, *Cajus & Mævius æquis partibus heredes sunto*, priori illi juncta, *Titius heres esto*: ex conjunctione institutorum incidit in ambiguitatem. Potest enim sic intelligi, heredes sunto ex æquis partibus inter se. Potest etiam sic accipi, heredes sunto ex æquis partibus cum Titio, & secum invicem. In hac ambiguitate orationis præcipitur id accipiendum esse, quod credibile est esse cogitatum. *L. cum in testamento*, *D. de reb. dub.* Id autem credibile esse, eoque & sumendum alibi admonemur, quod facit, ut voluntas sit plenior. Sic enim est regula juris: in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis*. *D. de regul. jur.* His conveniens fuit, ut responderetur id, quod supra. Cajum scilicet, & Mævium institutos videri a testatore ex æquis partibus, non inter se tantum, sed & cum Titio, qui proxime præcedit, & ipsi inter se. Sic enim fit institutio Caji, & Mævii plenior, quod ante accipiendum esse diximus. Nam si conjungantur inter se, non plus accipient ambo, quam solus Titius, utpote conjunctione in unum corpus redacti. *L. unica*, §. *his ita*, *in fin. C. de cad. tol. L. Actius*, 11. *D. de her. inst.* Nunc autem exæquati cum Titio viriles partes accipiunt. *L. interdum*, 13. *in princ. D. de hered. inst.* Hanc interpretationem in exemplo superiore. *L. si ita quis.* institutio Titii præcedens admittit, & quod conjuncta scriptura facta est, & quod Cajus, & Mævius ad æquas cum eo partes venire potuerunt: cum ille ad unum, non ad diversas vocatus fuerit. Non potest eadem interpretatio admitti, si aut Cajus, & Mævius conjuncta scriptura instituti non essent cum præcedentibus, aut præcedentes instituti essent ex diversis partibus. Quod posterius saltem animadvertere licet in eo exemplo, quo proposuimus: in quo Quintus, & Sextus sic æquis partibus instituti sunt, ut non possint intelligi instituti esse æquis partibus cum præcedentibus; quoniam præcedentes ex disparibus instituti proponuntur. Nam Primus, & Secundus conjuncti non plus accipiunt, quam Tertius solus, aut Quartus solus.

XXIV. Quod superest, plusquam leve est, si quis moveatur exemplis §. *si eadem*,

15) Bart. in §. 8. *I. de leg.* non aliter differre verbis tantum conjunctos a re & verbis conjunctis, nisi quod illi æquales partes expressim habent, hi non item, ex voluntate tamen etiam defuncti. *L.* 16. §. *ult.* verbis: *viriles partes dari voluisset vel etiam id expressisset. de leg.* 1.

16) Ita fere & Bart. in *d. L. pen.* & Ripa in *L.* 89 *de leg.* 3. *n.* 18. refer. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progr.* §. 23. *n.* 27. Meno. 4. *præsump.* 159. *n.* 15. quibus contradicit A. Fab. 49. *err. pr.* 4. Alii singulare jus in usufructu agnoscunt Duar. *Lib.* 1. *C.* 10. ea ratione, quia portiones in usufructu res diversa magis, quam partes alterius rei, cum quævis portio adhæreat personæ, cui adscripta est, eaque deficiente pereat. Vasq. *d.* §. 23. *n.* 18. Fachineus. 5. *Contr.* 50. Sed nihil hic singulare, quia ususfructus facilius accrescit, quam proprietas, etiam quæsitus. Unde & ratio Duareni refellitur, quia post acquisitum ab utroque conjuncto re & verbis, ususfructus etiam partes saltem concursu effectæ, & tamen jus accrescendi negari nequit. *L.* 1. §. 3. *de Us. accr.* Vid. & Meno. *d. præs.* 159.

dem, *Instit. de leg.* ut putet, verbis tantum conjunctos, non esse conjunctos, nec inter eos esse jus accrescendi, quia in his, quibus quid legatur conjunctim, solum utatur Justinianus exemplo re, & verbis conjunctorum. Quid enim notius,& certius, quam exempla non [17] restringere règulam? *L. penult. §. ultim. D. de jur. & fac. ig. L.* 1. *§. quod vulgo*, *D. unde vi*. Et constat ex aliis locis etiam hos in numero conjunctorum itidem haberi, ut *d. L. triplici*, *de verbor. signific. d. L. re conjuncti*, *de legat.* 3. Quare sunt vere conjuncti ii, quos verbis tantum conjunctos dicimus; si modo nihil aliud probetur de voluntate testatoris.

XXV. Altera reprehensio eo spectat, ut, hoc concesso, verbis conjunctos maxime esse conjunctos, tamen probetur, uno ex his deficiente alterum conjunctum in jure ejus partis cæteris non præferri. Illud quidem plane absurdum videri potest, ut dicamus, hunc conjunctum, quem fatemur verbis tantum conjunctum esse, præferri etiam re, & verbis conjuncto, cum hunc si non magis, æque certe conjunctum esse constet. Et diceretur plane absurde, si in exemplo superiore, aut ullo alio simili, iis, qui verbis tantum inter se conjuncti sunt, possent alii simul conjuncti esse re, & verbis. At hoc fieri non potest. Idque potest ex exemplo proposito liquere; in quo Quintus, & Sextus ita verbis conjunguntur inter se, ut a cæteris omnibus disjungantur verbis. Apparet enim, cæteros diversis orationibus ad eamdem hereditatem vocari. Unde sunt re conjuncti tantum cum Quinto, & Sexto; nulli autem re, & verbis. Nihil ad rem pertinet, quod Primum, & Secundum re, & verbis conjunctos dicimus. Sunt enim re vera; sed inter se; non autem cum Quinto, aut Sexto, de quorum alterius portione deficiente agitur. Quamobrem ratum hoc sit, eos, quos verbis tantum conjunctos dicimus, maxime esse conjunctos, atque hinc inter eos esse jus accrescendi, & quidem ita, ut, uno ex his deficiente, solus verbis conjunctus admittatur, quamvis forte inter alios quidam sint conjuncti re, & verbis: quoniam quicumque alii tales sint, quia alia oratione vocantur, cum eo, de cujus portione agitur, verbis conjuncti esse non possint.

XXVI. Quidquid in his sive conjunctis, sive disjunctis accrescit pluribus, qui suas partes acquisierint, placet, accrescere [18] pro portionibus hereditariis, non pro virilibus. *d. L. unica*, *§. his ita*, *C. de cad. tol.* Consequens plane ei, quod diximus, jus accrescendi commodum esse, aut incommodum partis hereditariæ jam quæsitæ, ut quæ jure hereditario alias ad se trahat. Nam hoc si ita est, quatenus est portio hereditaria, catenus commodum, & incommodum ejus esse oportet. Portiones hereditariæ si cuique assignatæ sunt a testatore, hæ certo sunt hereditariæ. Quod si de his nihil expressum est, æquæ servantur inter heredes, si pariter instituti sint aut conjunctim omnes, aut omnes separatim. *L. quoties*, 9. *§. heredes*, *D. de her. inst.*

XXVII. At si conjuncti, disjunctive commissi sint, hoc præceptum in partium distributione diligenter tenendum est, semper conjunctos [19] unius personæ potestate fungi, nihilo plus ut auferant, si concurrant cum cæteris, quam singuli disjuncti. *L. plane*, 34. *in princ. D. de legat.* 1. *L. Attius*, *L. interdum*, *in pr. D. de her. inst.* Et ideo in exemplo proposito si fingas, Tertium defecisse, cæteris portiones suas admittentibus; non divi-

17) Ita Duar. *Lib.* 2. *C.* 13. addens, non in quæstione juris ambigere Pomponium *ibidem*, an conjunctus verbis potior: quod ipsummet statoine verba extrema arguunt, sed in quæstione facti, quæ conjecturis explicatur Fachin. 4. *Contr.* 98. vid. & Cujac. *ad d. L.* 66. Aliter Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progr.* §. 22. n. 15. *in d. L.* 66. omnes tres nec verbis conjunctos esse; quia Titius in diversa oratione positus. Cajus, & Mævius non conjunctionis gratia in unum coacti, nec etiam re, propter verba *æquis partibus*, conjunctionem realem dirimentia. Ideo cum nullatenus conjuncti sint: omnes pares & ab initio, & in jure accrescendi, quod quoad hereditates etiam inter plane disjunctos locum habet. Vid. Gribald. *ad* 89. *de leg.* 3. *&* *Jo. Suev. Lib.* 3. *de Jure accr.* c. 1. *p.* 154.

18) Adduci solet & *L.* 7. *de reb. dub.* ac maxime *L.* 16. §. *ult. de leg.* 1. Probabilis tamen hic responsio A. Fab. 49. *Err. Prag.* 5. casum specialem ad alios non trahendum poni in *d.* §. *ult.* Cujus ratio sit, quia legato postumo dato inest conditio tacita, si nascetur, & cum antequam in terram cadit, nescitur, an & quot nascituri, nec sciri potest, quandiu nativitas pendet, quamdiu virilis portio Titii futura, quæ ex numero nasciturorum tandem certa sit, ac constituitur. Ergo si nullus nascatur, totum legatum Titio debetur, quippe cujus portio virilis nunquam nulla fuit, nec futura est, postumi spe defecta. Secus est, si ab initio statim certæ partes adsignatæ. Quæ ratio non displicet Suevio *L.* 2. *de I. accr.* C. 3. qui & aliam, & acutam rationem profert, *pag.* 155. *&* *seq.* Partes videlicet viriles in *d.* § *ultim.* non tam adjectas legato esse, quam expressas respectu postumorum: id ostendere tantum testantem quid servari velit pluribus postumis natis: scilicet non unius loco habendos, ut verbo collectivo junctos, sed ex numero eorum rem dividendam, computata persona Titii in concursu. Atque ita quia adjicientis verba *viriles partes*, intentio non est excludendi realem conjunctionem Titii cum postumis, manere conjunctionem mistam. Quod & arguunt *L.* 7. *de reb. dub. pr.* verba. *Quasi ab initio tibi solido relicto*, quod dici non posset si conjunctio mere verbalis. Ideo Titius, ac postumi re & verbis conjuncti, licet postumi inter se verbis tantum.

19) *L. liber* 59. §. *cum quis* 3. *de her. inst. arg. L.* 1. *C. de Impub. sub. junct. L.* 61. §. 1. *de leg.* 2. Duar. 2. *de I. accr.* C. 3. Aliud tamen in legatis vid. Lib. 8. Cap. 12.

dividetur hæc portio in quinque partes, ut sunt quinque heredes reliqui;[20] sed in tres dumtaxat, ex quibus Primus, & Secundus, ut sunt conjuncti, unam; Quartus alteram; Quintus, & Sextus & ipsi item inter se conjuncti tertiam habebunt: suntque hæ istorum portiones hereditariæ.

XXVIII. Non minus hoc jus & inter heredes legitimos locum habet. Nam & hi sæpe plures ad ejusdem defuncti hereditatem ab intestato vocantur: & vocantur verbis legis ita, ut quidam ex his sint conjuncti, quidam disjuncti: idest, quidam vocentur eadem oratione, alii diversis orationibus. Id [21] accidit inter eos, quorum quidam succedunt in stirpes, alii in capita. Exempli caussa, cum defuncto succedunt fratres, & fratrum filii. Finge ita: defuncto est legitimus heres frater. Ex altero filio demortuo sunt duo filii. Ex tertio demortuo sunt sex. Hi omnes ex constitutione Justiniani vocantur simul ad hereditatem defuncti, qui illi frater est, his patruus. Et vocantur ita, ut frater in caput succedat, cæteri in stirpes. *Novell. de her. ab intest. ven. §. reliquum.* Si unus ex his deficiat, quæritur de jure accrescendi, inter legitimos heredes, quales isti sunt, esse jus accrescendi constat. *dict. L. si ex pluribus. D. de suis & leg. her.* Sed quæritur, portio deficiens, utrum accrescat reliquis omnibus coheredibus, an certis quibusdam; & si accrescat pluribus, quatenus accrescat. Res dijudicanda est ex superiore definitione, si prius hoc constituerimus, in his permistos esse conjunctos, & disjunctos, ut sunt verba legis, quibus vocantur ad successionem. Observandum est enim, in his fratrem vocari separata oratione, eoque a cæteris oratione sejunctum esse. Duos filios fratris demortui inter se vocari conjunctim; sed disjunctim, & separatim: id est, diversa oratione a cæteris. Similiter & sex filios alterius fratris demortui vocari inter se eadem oratione, sed separata a cæteris. Sic enim verba sunt legis: *defuncto frater sit heres. Item secundi fratris demortui duo filii. Item tertii fratris demortui filii sex.* Et, ut forte ita vocentur isti; frater, & fratrum demortuorum filii heredes sunt in stirpes: quæ potius verba legis sunt: *dict. §. reliquum. Et auth. cessante. C. de leg. hered.* tamen eadem hic istorum conjunctio, & disjunctio futura est. Nam cum vocantur frater, & alterius fratris filii, verbo collectivo *filiorum* plures filii conjunguntur inter se, & ab altero fratre ita disjunguntur, ut [22] non plus capiant filii omnes quam unus defuncti frater. *L. interdum in prin. D. de hered. instit.* Quod non fieret, nisi frater disjunctus esset, filii conjuncti, qui omnes unius personæ vice fungerentur, ut supra diximus. *d. L. plane 34. in pr. D. de leg.* 1.

XXIX. Rursum filii plurium fratrum vocantur in stirpes. Verbo *stirpium* sic conjunguntur omnes, qui sunt ejusdem stirpis, ut ab iis, qui sunt ex altera stirpe, aperte disjungantur. Secundum hæc dicemus in proposita specie, si defuncti frater portionem suam repudiet, aut decedat sine spe transmittendæ hereditatis, ejus portionem accrescere aliorum ejus fratrum filiis coheredibus ejus, iisque omnibus; quia is defecerit, qui sit ab illis pariter oratione disjunctus: & pariter cum iis conjunctus re tantum. Sic tamen his accrescere, ut non accrescat portio singulis ex æquo: sed dividatur in duas partes; ex quibus unam duo filii unius fratris habeant, alterius fratris filii sex alteram: utpote ita conjuncti, ut illi in unam stirpem, hi in alteram conjungantur. Semper autem illud tenendum est, conjunctos si concurrant cum iis, a quibus disjuncti sunt, unius personæ potestate fungi. *d. L. plane in pr. de leg.* 1. Quod si unus ex duobus defecerit, ejus portio accrescet fratri ejus [23] soli: nihil inde patruo, aut fratribus ejus patruelibus, quamvis omnibus ad eamdem hereditatem vocatis. Sunt enim isti inter se verbis legis conjuncti, ac deficientis portio conjuncto soli accrescit. Similiter etsi ex sex filiis alterius fratris demortui unus deficiat, ejus portio ad solos fratres ejus pertinebit, ut solos verbis conjunctos.

XXX. Idem intelligi oportet in similibus omnibus caussis: ut si nepotes ex diversis filiis succedant, quos & ipsos placet

20) Quia quatuor quadrantes tacite facti, si quadrans C. deficiat, D. unam unciam quadrantis A. & B. item E. & F. singuli singulas semuncias auferent. & Sic distributio, ac si ab initio tres trientes facti essent. Bera *ad §. 8. I. de leg.*

21) Duar. *Lib.* 1. *de I. accr. C.* 1. hereditatem quasi deferri a lege cognationi aut gradui collective. Sic enim L. 12. tab. *Agnatus proximus*, unitatis numero, *familiam habeto*, ac inter eos qui ejusdem cognationis, ac gradus sunt concursu dividi.

22) Si tamen aliquis decedat relictis duobus filiis, exempl. gr. ex una uxore, totidemque ex alia, uno ex prioribus, vel posterioribus deficiente, accrescere non soli fratri germano, sed & consanguineis, quia respectu patris æqualiter conjuncti sint vult post alios Gomez 1. *Var. Resol.* 10. n. 31.

23) Quia etsi omnes conjuncti, tamen inter illos conjunctio legitima arctior confer. not. *sup.* n. 6. vid. & Guil. Ranshin. *de Success. ab int.* §. 19. n. 3. & Ferst. 8. *de Success.* 16.

cet succedero in stirpes. §. *cum filius. Inst. de her. quæ ab int. def.* Finge, ex uno filio unum nepotem esse; ex altero duos, ox tertio quatuor. Vocaotur omnes isti simul ad successionem avi, ut si omnes exsistant heredes, dividatur hereditas in tres trientes, ex quibus ad unum nepotem unus triens, ad duos alter, ad quatuor tertius, pertineat. *d.* §. *cum filius.* Quid, si unos deficiat? Si quidem primos ille unus, ejus portio accrescet omnibus reliquis. Si uni ex duobus, accrescet soli fratri ejus. Si unus ex quatuor, accrescet item solis ejus fratribus, ex eadem distinctione. Quibus cognitis habemus, quæ commoda sint, & incommoda hereditaria, ex quo genere utroque erat jus accrescendi: & simul quid hereditatis acquisitione contineatur. Id quod quærebatur.

CAP. XIV.

Etiam per bonorum possessionem jure prætorio hereditatem nobis directo acquiri. Bonorum possessio quid sit. Quid ea commune habeat cum hereditate; quid proprium, sive de ea deferenda quæratur, sive de delata acquirenda. Quæsitæ jus idem, commoda, & incommoda eadem, quæ quæsitæ jure civili hereditatis.

Transitio ad bonorum possessionem. I.
Quid hic bonorum, quid possessionis appellatione intelligatur. II. III.
Jus hoc re ipsa nihil aliud esse, quam emolumentum hereditatis. IV.
Hunc idoneum esse locum, in quo de hac acquisitione quæratur. V.
Cur de ea separatim. VI.
Quibus ex causis deferatur bonorum possessio ab intestato suo loco. Nunc de testamentariis hereditatibus. VII.
Non deferre prætorem bonorum possessionem etiam ex testamento eodem ordine, quo jus civile; nec, si speciales spectentur, ex iisdem causis. VIII.
Quibus nam, quando, quibusve de causis eam deferat. IX. X.
Huic cum ea, quæ ab intestato defertur, quæ sequuntur communia omnia. XI.
In acquirendo diversum in bonorum possessione ab hereditate tempus acquirendi, & quatenus. XII.
In conditionibus acquirendi quædam utriusque acquisitionis communia, & quæ nam. XIII.
Quædam singularum propria. Non delata hereditas adiri non potest; contra bonorum possessio nondum delata peti potest, & quatenus. XIV.
Quid inter celeriorem aditionem, & celeriorem bonorum possessionis petitionem intersit. XV.
Hanc servus, & filiusfamilias etiam jussu non præcedente agnoscere possunt ad hoc, ut rata postea habeatur agnitio. Non item hereditatem. XVI.
Bonorum possessio nemini nisi volenti acquiritur; non sic hereditas. Utraque tamen solo animo repudiatur. XVII.
In ritu acquirendi hoc interest, quod hereditas suis, & necessariis ipso jure, extraneis vero sola animi destinatione acquiritur; contra in bonorum possessione auctoritas Magistratus necessaria. XVIII.
Hæc olim quo ritu peteretur. XIX.
Quid de vetere ritu sustulerit Justinianus in L. ult. C. qui ad bon. possess. XX.
Hæc lex pertinet ad bonorum possessionem edictalem, non ad decretalem. XXI. XXIV.
Omnem bonorum possessionem a Prætore vel ex decreto dari solitam & causa cognita; vel sine decreto, & causæ cognitione. XXII.
Illa decretalis, *hæc* dictalis *appellata.* XXIII.
Decretalis etiam hodie decretum Magistratus, seu causæ cognitionem pro tribunali desiderat. XXV.
Decretales bonorum possessiones tres, & quæ sint, quibusve dentur, & quatenus. XXVI. XXVII. XXVIII. XXIX.
Quæ sint edictales, quove modo petendæ. XXX.
Bonorum possessio; quæ non nisi agnita apud Magistratum acquiritur, ea, si delata sit, ubi vis repudiata amittitur. XXXI.
Acquisitæ bonorum possessionis idem effectus; qui & hereditatis. XXXII.
Non esse supervacuum de honoraria successione laborare, cum Prætoris auctoritas interdum necessaria sit, interdum si non necessaria, utilis tamen. XXXIII.

I. SED meminerimus, quæ hic hactenus de hereditate recte deferenda, de delata recte acquirenda, de quæsitæ effectu, & jure diximus: de ea hereditate dicta

dicta esse, quæ directo defertur, & acquiritur jure civili, nempe eo jure delationem indurente, aut confirmante. In ea hereditate, quæ sob titulo bonorum possessionis defertur jure prætorio, hæc eadem paulo aliter observantur. Etsi igitur verum est, quod initio diximus, etiam in bonorum possessione hereditatem inesse, & per bonorum possessionem ipsissimam hereditatem reipsa acquiri: tamen cum per bonorum possessionem hereditas neque deferatur eodem modo, neque eodem modo acquiratur: necesse est & de bonorum possessione in hac acquisitione separatim dici, ut quid hic ad eam rem adferat beneficium prætoris, quid cum superioribus commune habeat, & in universum undecumque & quomodocumque delata hereditas, quomodo acquiratur, cognoscamus.

II. Ac prius de verbo breviter dicamus, ne quid hic forte hac tractatione instituta, alieni a proposito inducere videamur. Et in appellatione [1] *bonorum possessionis* duo verba sunt, quorum vis, & significatio separatim cognita, quod sit ipsum complexum, facile ostendit. Insunt inquam, hæc duo: *bona*, & *possessio*. Quid ergo hic bona? Bona hic, inquit Ulpianus, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cuiusque successio, qua (nempe deinde quæsita) succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum, vel incommodum. *L.* 3. *in pr. D. de bo. poss.* At ista universitatis successio in jus defuncti est hereditas, quæ ita definitur, ut sit successio in universum jus, quod defunctus habuit tempore mortis. *L. hereditas. D. de reg. jur.* Ita bonorum possessio ad verbum nihil aliud est, quam hereditatis possessio; & omnino Ulpianus ita nominat in *ead. L.* 3. §. 1. *de bo. pos.*

III. Quid possessio in hac re, quæ, & qualis intelligenda est? Nempe possessio rei de qua agitur, conveniens. Si de rebus singulis possidendis ageretur, intelligeremus rerum ipsarum singularum detentionem. Nunc agitur de hereditate: id est, de universitate rerum, in qua etiam si nulla sint corpora, tamen jure esse intelligatur. *L. hereditas. D. de her. pet.* Recte igitur Ulpianus, auctore Labeone, hereditatis, bonorumve possessionem, non uti rerum possessionem accipiendam esse scribit; sed ita, ut sit juris magis, quam corporis possessio. *d. L.* 3. §. 1. ubi *juris* verbo, jus habendorum bonorum intelligit. Hinc eidem Ulpiano facile fuit bonorum possessionis extruere definitionem, quæ plane superius utrumque expressit. Sic igitur ille definit in *d. L.* 3. §. *bonorum de bon. possess.* ut sit bonorum possessio, *jus persequendi, retinendive patrimonii, sive rei, quæ cujusque cum moritur, fuit.*

IV. Hoc vero jus nihil aliud est, quam emolumentum hereditatis. Qua ratione in *L. bonorum. in fi. C. qui ad. adm. bo. pos.* bonorum possessione alicui data, dicitur, emolumentum successionis videri ei prætorio jure quæsitum esse. Atqui hoc qui habet, re vera, & effectu hereditatem habet. Nam ut maxime quis & proprie, ac jure civili hereditatem obtineat: nihil tamen plus consequatur, quam hoc ipsum jus retinendæ, & persequendæ hereditatis. Ita plane effecta bonorum possessio est [2] hereditas, sed jure prætorio quæsita *d. L. bonorum. C. qui adm. ad bo. posses.* Aut si quid interesse placet, hoc esse reperietur, quod hereditas res est, quæ alicui tributa jus illud persequendi patrimonii secum adfert: bonorum possessio ita est jus illud persequendi, ut cui id datum est, simul ei hereditatem vi ipsa datam esse declaret, ut quæ ab eo jure non possit separari. Inest igitur in bonorum possessione hereditas, sive ipsa bonorum possessio hereditas est, sive alicui quæsita simul hereditatem ei tribuit. Et cur metuamus hereditatem vocare, cum dicatur, prætor eos vocare ad hereditatem, quos vocat ad bonorum possessionem? §. *quos autem. Inst. de bon. poss.* Quinimmo etiam interdum legimus, bonorum possessionem absolute hereditatem dici, ut in *L. ul. C. qui adm. ad bon. possess.* ubi Constantinus de testatione amplectendæ apud judicem bonorum possessionis loquens, *testationem amplectendæ hereditatis* vocat. Qua de caussa etiam bonorum pos-

1) Vult. *in pr. h. t. n.* 2. Bonorum possessionem introductam esse triplici de causa. Juris Civilis vel emendandi, id est, supplendi gratia, quod fit in bonorum possessione. Unde liberi, Unde cognati, Contra tabulas: vel corrigendi, id est, excludendi, in alieno postumo instituto: vel confirmandi ac corroborandi, quæ fit in bonorum possessione sec. tab. &c.

2) Consentit Pr. Gregor. 43. *Synt.* 2. *n.* 3. & 7. Vacon. 3. *Decl.* 48 distinguit inter hereditatem in genere sumptam, & in specie. Sed Duaren. *h. l. C.* 1. non esse hanc veram hereditatem, sed haberi, *L.* 117. *de R. J.* Unde nec actiones directæ dantur bonorum possessoribus, vel in eos Theoph. *in* §. 2. *I. h.* 1. sed utiles, quas Ulpian. vocat fictitias, *in fragm. Tit.* 28 §. 12. Goed. *ad L.* 24. *de V. S n.* 15. bonorum possessionem pro hereditate accipi quoad effectum commodi, & incommodi, non autem quoad propriam formam, & formatum effectum. Et 18. differentias hereditatis, ac bonorum possessionis refert Philip. Massin. *ad Rub. C. qui admitti a n.* 515. *usque ad n.* 532. vid. & Forst. *n. de Success.* 6.

possessores in omnibus [3] vice heredum haberi dicuntur. *L.* 2. *D. de bon. possess.* Cur ergo prætores, cum deferrent hereditatem, & emolumentum hereditatis vere tribuerent, non dixerunt potius hereditatem, quam bonorum possessionem, ut aperte, & secundum id quod in re erat, loquerentur? Ratio redditur in §. *quos autem Inst. de bo. pos.* quia scilicet per legem, aut similem juris constitutionem heredes fiunt: [4] prætor heredem recta facere non potest. Itaque quos vere non faciebat heredes, ne heredes quidem verbo appellavit. Sed quia erant, quos heredum loco constitueret, fecit, quod erat in re proximum, ut quoniam tribuebat his emolumentum, & jus hereditatis, seu patrimonii obtinendi, bonorum possessores ex emolumento appellaret. Verbis igitur hæc distincta sunt propter subtilitatem juris civilis: re ipsa, & emolumento sunt eadem: certe quæsita idem præstant.

V. Quod si ita est, cum hic quoque deferatur a prætore hereditas, & quidem ex testamento, itemque ab intestato, non minus quam jure civili: & nos de acquirenda hereditate nunc agamus: satis jam intelligitur, hunc esse idoneum locum, in quo de hac acquisitione quæratur.

VI. Non esset necesse separatim id facere, si hic omnia congruerent cum superiore civili acquisitione. Sed [5] non congruit, ut supra dixi, neque delatio bonorum possessionis, neque delatæ acquirendæ ratio, quæ ideo in hac specie proprie cognoscenda fuerunt. In delatione tria discrepant: caussæ deferendi, deferendi ordo, & tempus acquisitionis præfinitum. Caussæ deferendi si quidem generales spectentur, [6] eædem utrobique. Defertur enim bonorum possessio jure prætorio similiter ut hereditas jure civili, ex duabus illis caussis notis, ex testamento, & ab intestato. *L.* 1. *D. si tab. test. nul. ext.* Sin in his generibus spectantur caussæ speciales, differunt. Alioqui nihil necesse fuisset, prætorem proponere bonorum possessionem ei, cui jure civili, & legibus plus satis consultum esset.

VII. Ac quibus ex caussis deferatur bonorum possessio ab intestato, dicetur postea conjunctim cum hereditatibus legitimis. Nunc, ut institutus est sermo, de testamentariis hereditatibus agamus ea lege, ut si quæ in testamentaria bonorum posses-

3) Unde heredis nomine continetur bonorum possessor in *L.* 19. § 2. *de comd. & dem. L.* 1. §. 7. *ad Trebell. & passim alibi*, & hereditatis appellatione bonorum possessio venit *L.* 138. *de V. S.* Non tamen sequitur inde quod sit hereditas. Differunt enim esse talem, & haberi pro tali, ut & talis appellatione contineri &. Quanquam autem nec bonorum possessio heredem, nec bonorum possessor heres, sed heredis loco, non tamen falsum idem, quod noster vult, hereditatem ab eo acquiri. Nam nec fideicommissarius heres est proprie, & tamen ipsam omnino hereditatem nanciscitur. vid. not. *Cap.* 15 *n.* 1.

4) Quæ ratio? Cujac. *in not.* 1. *ad d.* §. 2. quia dominium Prætor facere nequit, quod non omnino verum puto, de quo alibi. Vuls *in pr. I. h. t. n.* 3. quia hereditas est modus acquirendi dominii jure civili, non prætorio §. *ult. I. de Usu & hab.* Ratio hæc eadem cum quæstione. Vacon. 3. *Decl.* 48. *n.* 13. Prætorem non potuisse directum dominium transferre, quia non ipse, sed civitas directe domina. P. Greg. 43. *Synt.* 2 *n.* 8 quia jus civile majoris auctoritatis, ratione legis generalis. Varias aliorum rationes refert Fachine. 5. *Contr.* 72. & 13. *Contr.* 49 Non displicet Bellonii expositio 1. *Supput.* 10. qui dicit *quo jure* heredes non fieri a prætore *d.* § 2. id est, non posse prætorem efficere, ut quis per se fiat heres ex aditione hereditatis, quem Lex non vocat, sed requiri factum ejus decernentis. Nec posse illum hoc operari extra judicium *Per legem enim &c. fiunt heredes*, inquit Imperator *d.* § 2. id est ipso jure, sine facto judicis, & per se possunt adipisci hereditatem. Et Rein. *Conv.* 3. *indag.* 4. Heres sit, est dominus, dominium autem sine traditione non transit nisi auctoritate legis, cujus condendæ potestas non est prætori. Quare quod in *L.* 1. *h. t.* habetur, dominium rerum tribui bonorum possessione, id de vero dominio ipsarum rerum intellige, nec cum Cujac. *in Par. h. t. &* 1. *notat.* Mercat. 9. & Vult. *in pr. I. h. t. n.* 7. & Borch. *de acq. poss.* C 6. *n.* 7. inter dominium possessionis, & proprietatis distingue, nec cum A. Fab. 7. *Conje.* 4. inter Bonitarium, & Quiritarium, nec cum DD. vulgo & Forst. 1. *de Success.* 5. *n.* 5. inter directum, & utile; sed dico tamen id non ipso jure acquiri, nec nuda habendæ hereditatis voluntate, sed petita, & accepta bonorum possessione, acceptaque ipsarum rerum apprehensione. Exemplo hæc quæ impeditiore videri possint, apertiore reddentur. Sicut heres ab intestato vel testamento scriptus ipso jure per se est heres, efficitur a lege; Institutus aliis in testamento, quia id Lex confirmat *L.* 120. *de V. S.* per se heres fieri potest vel aditione, id est sola animi sui hereditatem agnoscendi declaratione, vel gestione pro herede, etiam extra judicium vid. *supr.* C. 8. Emancipatus autem, cui prætor succurrit, bonorum possessione data, non per se, nec ipso jure efficitur heres; id est, non eo ipso quod voluntatem admittendorum bonorum paternorum aperit, & declarat, rerum hereditariarum dominium nanciscitur, sed necesse est adeat prætorem, intra tempus præfinitum, bonorum possessionem petat, & agnoscat. Qua obtenta, nec dum quidem statim dominium rerum consequitur, sed jus, & facultatem persequendi patrimonii, possessoriam hereditatis petitionem, aliasque actiones utiles. Retinendi autem si jam ante res teneat, vel earum possessionem ex-antem apprehendat. Ubi autem earum actionum ope possessionem nactus fuerit, item eo emn, quo res ipse tenet, dominium earum rerum quæ in bonis sunt consequitur *d. L.* 1. *h. t.* non tamen a prætore solo (sicuti a lege sola heres civilis *L.* 23. *pr. de acq. poss.*) sed accedente facto suo, & mediante possessione &c. Et proprietatem utique successorem honorarium, sic adipisci non inscite etiam probat Robert. 3. *Animadv.* 9. ex *L. ult. D. de possess. hered petit.* ubi tantundem consequi dicitur bonorum possessor possessoria petitione, quantum heres actionibus civilibus. Non autem consequeretur tantundem, si possessionem citra dominium, nec si dominium bonitarium duntaxat obtineret. Minus enim est habere possessionem, minus jam olim existimatum rem esse in bonis, quam in dominio. Nec proprie dicitur etiam dominium possessionis, de quo convenientiori loco. Errantque qui volunt possessionem acquiri rerum, impetrata bonorum possessione, quia possessorem facere sit jurisdictionis; Cujac. 3. *not. Mercat.* 9. Nam uti qui corporaliter possidet, nihilominus necesse habet petere, ut bonorum possessio sibi decernatur, ita, decreta bonorum possessione, non tribuit corporalem possessionem, sed jus eam persequendi. Mynss. *in pr. I. h. t. n.* 7.

5) De differentia civilis, & honorariæ successionis vid. Forst. *Lib.* 1. *de Success. ab intest.* C. 5. & *Lib.* 2 C 3.

6) Licet jus successionis prætoriæ mediam inter testati, & intestati caussam vocet, P. Greg. 43. *Synt.* 2. *n.* 1.

Digitized by Google

sessione deferenda, in ea acquirenda, tum in quæsitæ commodis, & incommodis communia sint cum ea, quæ ab intestato defertur, ea hoc loco in commune dicta, & hinc sumenda intelligi velimus.

VIII. Defert ergo bonorum possessionem prætor etiam 7 ex testamento, dum heredi instituto det bonorum possessionem secundum tabulas. Neque id ex alio testamento, quam quod ab initio ita factum est, ut a persona testantis, & a solemnibus testamenti jure factum sit. Sed neque defert eodem ordine, quo jus civile, nec, si speciales spectentur, ex iisdem caussis. Jus civile ita est, ut quandiu ex testamento adiri potest hereditas, tandiu ab intestato non deferatur; *L. quandiu potest*, 39. *D. de acq. her.* & ut est in *L. in plurium*, 70. *D. eod.* si testamentum proferatur, prius e scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet. Et prætor in bonorum possessione idem servat. *d. L. in plurium*, præterquam nne hac in re, si eo testamento præteriti sint liberi sui heredes maxime emancipati, qui si in potestate mansissent, sui juris futuri essent. His enim ente omnes dat bonorum possessionem [8] contra tabulas. *L.* 1. §. 1. *L.* 4. §. 1. §. 2. *D. de bon. pos. cont. tab.* Ac de hoc ordine ita scribit Ulpianus in *L.* 2. *in princ. D. de bo. poss. secun. tab.* æquissimum ordinem prætor secutus est. Voluit enim primum ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere: mox, si inde non sit occupata, judicium defuncti sequendum. Exspectandi igitur liberi erunt, quandiu bonorum possessionem petere possunt. Quod si tempus fuerit finitum, aut ante decesserint, vel repudiaverint, vel jus petendæ bonorum possessionis amiserint: tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos. Hæc illa de ordine superiore. Quo remoto, quod fit, cum scriptis heredibus nemo obstabit ex iis, qui petere possunt bonorum possessionem contra tabulas: tum ita defertur his jure prætorio ex testamento bonorum possessio, ut ab his primum incipiatur, sicut dixi; tum deinde perveniatur ad eum, qui ab intestato potest petere *d. L. in plurium, de acq. her.*

IX. Atque hic primum quibus scriptis heredibus deferatur bonorum possessio secundum tabulas, quærendi locus est. Quæ si deferretur iis solum, quibus jure civili hereditas, non laboraremus. Priore enim jure cognito, in hoc posteriore idem, aut etiam minus præstante esset supervacuus labor. Nunc autem longe defertur aliis pluribus, prout æquitas, & humanitas hoc beneficium exigere visa est. Æquitas autem ex caussis, quarum jure civili nulla ratio habetur. Intelligentur hæ caussæ facilius ex juris civilis comparatione. Jure civili deferendæ ex testamento hereditatis una hæc in testamento idonea caussa est, si testamentum & valuit ab initio, nec postea ruptum, irritumve factum est. Quod si quid horum contra evenerit, jus hoc constanter retinetur, ut, quod semel non valuit, non possit tractu temporis convalescere. *L.* 1. *D. de reg. Cat. L. quæ ab initio, L. quod initio, D. de reg. jur.* Interdum jure civili cum recte delata sit hereditas, quædam caussæ prohibeant, quominus ea adiri possit, ac nisi succurritur, futurum sit, ut amittatur. Atque in his auxilium prætoris ex justis caussis intervenerit, ut, qui alioqui jure summo heredes fieri ex testamento non possunt, ex æquo, & bono admittantur ad bonorum possessionem. Et si a testamento objicitur impedimentum acquirendæ hæreditatis: res in eo ita temperatur edicto prætoris, ut si impedimentum sublatum fuerit vivo testatore, ac testamentum redierit in eum locum, unde incipere poterat, tum prætor ex æquo, & bono testamentum sic accipiat, quasi valeat, & det scripto heredi secundum tabulas bonorum possessionem. Quod & in rupto, & in irrito, atque adeo in injusto testamento accidit. In rupto: ut si postumus testamento præteritus, vivo testatore natus sit, & idem vivo testatore mortuus. *L. postumus, D. de ini. rup.* In irrito: ut si testator testamento facto arrogatus sit, aut in insulam deportatus, deinde rursum, mutato statu, civis Romanus, & sui juris factus, eo statu decesserit. §. *non tamen. Inst. quib. mod. testam. inf.* quorum utrumque quomodo accipiendum sit, scripsi pluribus supra in ea parte, quæ est de infirmandis testamentis, libri superioris *Cap. XVI. in extremo*, unde petetur. In injusto: ut, si filiis quibusdam heredibus institu-

7) P. Greg. 43. *Synt.* 8. n. 3. secundum tabulas appellari bonorum possessio, non quod Prætor semper sequatur testamentum, quia aliquando contra id decernit: sed quia, exstante testamento, eam decernit, *post Gl* quam refert in *L. ult. C. Unde legit.*

8) De bonorum possessione contra tabb. P. Greg. 43. *Synt.* 4. Cujac. 4. *ad Afric. ad L.* 14. *contra tabb.* Treutl. & ab ipso allegati *Vol.* 2. *Disput.* 15. *Th.* 3. quibus adde Vasq. *Lib.* 1. *de Success. resolut.* §. 10. n. 39. *& seq.* vocatur & *contra lignum L.* 19. *D. contra tabb.* id est contra ligneas testamenti tabulas, de quo vid Duar. 2. *Disp.* 20. Cujac. 11. *Obs.* 14 Hot. 4. *Obs.* 1. Fornec. 2. *Select.* 9. Vulgo legitur in *d. L.* 19 *contra legem* teste Zoanetto *Restit. ad Dig. Ca.* 4. qui ea verba interpretatur: contra voluntatem testatoris, quæ altera Lex est.

Digitized by Google

stitutis, unus sit præteritus, & idem aut moriatur vivo testatore, aut, eo mortuo, se abstineat bonis; atque hoc modo in eum locum veniat, quasi nec sit institutus. *L. filio*, *D. de ini. rup.* de qua specie scripsi ejusdem libri Cap. XIII.

X. Quod si impedimentum, quod jure civili obstat, erit ex eo, quod quis eo jure adire hereditatem non possit: hic propriis de caussis subvenitur tribus generibus personarum. Primum heredibus eorum, quibus impedimentum solum juris temporale extrinsecus objectum obstitit, quominus adirent hereditatem, quam alioqui jure communi recte adire poterant: accidit autem his, ut interim decederent. Deinde pupillo nec patrem, nec tutorem habenti. Tum filio instituto, ejusque heredibus, cum venter; seu is, qui in ventre esse dicebatur, esset præteritus. Prioris generis impedimenta sunt duo. Unum objicitur ex Carboniano edicto; adversus quod & remedium superius. Hoc quid sit, declaratur in *L. scriptus. D. de Carb. ed.* Alterum objicitur ex senatusconsulto Silaniano: quam ob caussam & superius remedium admitti. De qua specie est in *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *D. de sen. Silan.* ac de his dixi supra pluribus hujus Lib. Cap. IV. Impuberi, qui infantiam excesserit, Constitutionibus fit potestas, ut si nec parentem, nec tutorem habeat, cujus consensu, & auctoritate possit hereditatem adire, vel bonorum possessionem consequi, possit prætorem adire, & ejus decreto hoc jus consequi. Sic est Constitutio Theodosii in *L. si infanti, in fin. C. de jur. del.* Non impetratur a prætore hereditas, sed duntaxat bonorum possessio. §. *quos autem*, *Inst. de bon. posses.* Sit igitur hic bonorum possessio beneficio prætoris, quod constitutio in hanc speciem induxit. Quod & ipsum alia constitutione Constantii prius paulo generalius effectum erat: ubi & diserte in hac specie emolumentum successionis jure prætorio quæri dicitur. Ea est. *L. bonorum. C. qui admit. ad bonor. posses.* Cum autem filius institutus est ventre præterito, idest postumo, qui erat, aut esse dicebatur in utero: quandiu incertum est, an postumus nascatur: si quidem mulier prægnans est: nec filius in potestate retentus, nec emancipatus jure civili potest exsistere heres. Si prægnans non est, filius emancipatus adire non potest. *L. cum quidam*, 30. §. 1. §. *quod dicitur*, *L. ventre* 84. *D. de acquir. hered.* Et si interim decedant ambo, summo jure ad heredem suum non transmittunt hereditatem, qui eam non obtinuerunt. Sed cum iniquum sit, utroque casu excludi eum, qui in omnem eventum, & quidem nato postumo, heres futurus esset: visum est, æquum esse utrique succurri & filio, & heredi ejus, ut, & vivo filio petenti detur bonorum possessio secundum tabulas, aut contra tabulas; & si decesserit ante, quam peteret, salvum sit idem commodum ejus heredibus, prætore bonorum possessionem caussa cognita his decernente. *L.* 4. §. *ult. L.* 5. *D. de bon. posses. cont. tab. d. L. ventre, de acq. her.* Attigi & hanc speciem supra Cap. IV. quia ad transmissionem hereditatis, de qua illic sermo erat, & ipsa pertinebat.

XI. Quæ sequuntur in bonorum possessione secundum tabulas, de quibus prætor cavit, omnia sunt ejusmodi, quæ sint testamentariæ bonorum possessioni cum ea, quæ ab intestato defertur, communia: nempe hæc; tempus agnoscendæ bonorum possessioni præstitutum; ejus acquirendæ conditio & modus; tum quæsitæ commoda, & incommoda. De quibus ideo ita a me hoc loco dicetur, ut de utraque specie in commune dictum intelligatur.

XII. In deferenda ergo tum hereditate, tum bonorum possessione, distat inter utramque speciem deferendi tempus. Nam adeundæ hereditati nullum certum tempus præfinitum est, sed qui non repudiavit, semper potest adire. *L. si curatoris C. de jur. del.* nisi tamen impetraverit tempus ad deliberandum, de quo dixi suo loco. Bonorum autem possessioni agnoscendæ omni tempus præstitutum est a prætore certum: liberis quidem, & parentibus annus; cæteris autem centum dies. §. *cum igitur. Inst. de bo. pos. L.* 1. §. *si intra.* §. *largius. D. de suc. ed.* Sed centum dies utiles; annus [9] item utilis: id est,

9) Videtur noster hoc velle, quod infanti huic tutore destituto nullus ad civilem successionem pateat aditus, sed solum prætoriam bonorum possessio remedium ipsi superesit. Mihi secus videtur; atque, quo casu tutor hereditatem civilem nomine infantis acquirit, eodem posse ipsi acquiri eamdem per prætorem. Nec me movet ratio Donelli *Sola bonorum possessio a prætore impetratur.* Hic enim non a prætore impetratur jus acquirendæ hereditatis impuberi delatæ, sed prætor solum auctoritatem accommodat impuberi, ejus imperfectum consensum supplet loco tutoris, cujus vicem subit. Subrogatum autem ut habet tralatitium istud, sapit naturam ejus cui subrogatur. Imo retorsione hic uti licet; Bonorum possessio omnis e prætore originem habet, primus prætor jure civili defectis, vel quibus lege non satis prospicitur, hoc beneficio subvenit. Atqui ut tutore destitutus pupillus prætorem adeat, hoc est ex beneficio constitutionis principalis Theodosii & Valentiniani *d. L.* 18. Et quid si hic impubes annum præterlabi passus sit? Iniquum esset, tempore eum excludi, meliusque rem ei salvam servari, quam postea restitutione in integrum forte succurri. Quin immo eo casu, quo vel expedit impuberi bonorum possessionem potius agnoscere, vel illi

id est, constans diebus utilibus. *L. 2. in pr. D. quis ord. in bon. pos. ser.* Sic vocantur dies, quibus is, cui bonorum possessio delata est, scierit sibi delatam esse & potuerit delatam admittere. Quod quid sit, explicatur pluribus in *d. L. 2. D. quis ord. in bon. pos. ser.* Exstat & hujus verbi generalis explicatio in *L. 1. D. de diu. temp. præs.*

XIII. Acquirendi conditiones bonorum possessioni cum hereditate fere [10] communes. Nam nec bonorum possessio acquiri potest, nisi iisdem illis conditionibus, si sit delata; *L. 1. L. 2. C. qui adm. ad bon. poss. L. in plurium. D. de acq. her.* si is cui defertur sibi delatam sciat; *L. qui hereditatem. 19. D. de acquir. her.* & qui acquirit, obligare possit vel se sibi acquirens, vel alium, cui acquiret. *§. neque tamen. Inst. de auct. tut.*

XIV. Est tamen, quod in his intersit inter hereditatis, & bonorum possessionis acquisitionem. Nam primum adire hereditatem non delatam nemo potest. *L. si quis extraneus. 21. §. 1. D. de acquir. her.* Nondum autem bonorum possessionem delatam pendente adhuc conditione, sub qua delata est, petere, & agnoscere quivis potest: &, ut est in *L. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* quamvis testatio amplectendæ bonorum possessionis apud judicem interposita intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exeratur; nihilominus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis consequatur. Exeritur testatio amplectendæ hereditatis, cum hereditas, seu bonorum possessio agnoscitur apud judicem. Exeritur properantius, cum agnoscitur ante, quam bonorum possessio deferretur. Exeritur intra alienam vicem, id est prioris gradus, cum agnoscitur intra id tempus, quo priori gradui adhuc deferebatur. Ut si substitutus agnoscat per id tempus, quo instituto defertur; aut ab intestato inferior gradus cognatorum agnoscat eo tempore, quod adhuc priori gradui integrum est. Id etsi ita fiat, tamen jubet constitutio superioribus verbis tam valere hanc testationem apud magistratum editam, quam si usa esset suis curriculis: id est, intra sua tempora, quibus defertur, agnita esset. Sed hoc inquam, sic accipiendum est, ut isto modo bonorum possessio idonee agnita intelligatur, prositque agnitio ad hoc, ut cum postea bonorum possessio deferri cœperit, non sit necesse iterum magistratum adire, & apud eum eamdem testationem repetere. Non etiam ut ea testatio valeat jam tum ad acquirendam hereditatem. Quæ utique nec prius acquiri cuiquam potest, quam fuerit ei delata, nec prius defertur inferiori gradui, quam prior exclusus fuerit. *d. L. in plurium. de acq. her.*

XV. Itaque inter celeriorem aditionem, & celeriorem bonorum possessionis petitionem hoc intererit, quod aditio nondum delatæ hereditatis nulla est, nec prodest, quamvis postea hereditas deferri cœperit. Petitio autem bonorum possessionis nondum delatæ valet nihilominus; sed hactenus, ut pro petitione justa habeatur, non etiam pro acquisitione bonorum possessionis.

XVI. Sed & in his, per quos quæritur aliis hereditas inter aditionem hereditatis, & bonorum possessionis agnitionem ad conditionem acquirendi hoc interest, quod hereditas per servum, aut filiumfamilias ita voluntate domini, vel patris acquiri potest, si jussus præcesserit: bonorum possessio per eos delata nobis nec jubentibus ab his ipsis peti potest, ut tum nobis acquiratur, cum ratam petitionem habuerimus, dum id fiat intra id tempus, quo agnoscere ipsi potuimus. *L. 6. L. si quis mihi, 25. §. jussum, D. de acq. her. L. 3. §. acquirere. D. de bon. posses. L. pen. D. rem rat. hab.* Quinimmo & bonorum possessione nobis delata, per [11] alios quosvis nostro nomine petentes idem consequi possumus. Usque adeo, ut servus alienus admittere possit nostro nomine, item & fœmina. *L. servus. D. de bon. poss.* Qui locus cum supra quoque in acquisitione hereditatis civili incidisset, ibi hujus differentiæ rationem reddidimus, hujus libri Cap. VI.

XVII. In ipsa harum rerum acquisitione, hereditatis dico, & bonorum possessionis & animus ad acquirendum, & ritus acquirendi interest: repudiatio autem utrius-

illi soli locus. inconveniens videtur, ut idem prætor loco tutoris quasi impuberis nomine petat, petentive adsistat. & auctoretur, ac idem ad petitionem decernat, ut ita duo oppositi respectus in eumdem concurrant, idem sit quodammodo petens, & a quo petitur. Forte igitur eo casu alius magistratus pupillo auctoritatem accommodabit, alius bonorum possessionem concedet, & decernet. De quo tamen nihil firmiter assero.

10) *§. pen. I. h. t. L. 2. C. Qui admitti.* Non igitur facti ignorantia obest *L. 5. C. d. t.* sed juris *L. 6. C. eod.* vid. Forst. 1. *de Success.* 5. *n.* 55. & *Lib. 2. Cap.* 30. *n.* 2. ubi tradit, ignorantem etiam triceunali lapsu excludi, vid. & P. Greg. 43. *Synt n.* 11.

11) Quicunque hereditatis incapaces, iis nec bonorum possessio datur, *L.* 12. §. 1. *h. t.* Quem §. intellige de generali incapacitate succedendi, quando scilicet Lex generatim omnem successionem adimit, non ubi speciatim hujus, vel illius. Lex enim proxime sequens 13. præcedentem cum *L.* 12. explicat, quod accipiendum sit, quando ob delictum &c. adempta successio, vid. Bart. *in* §. 1. *I. h. t.* Duar. *h. t. C.* 4. P. Greg. 43. *Synt.* 3. *n.* 7. Forst. 2. *de Success.* 28. *n.* 26.

utriusque uno modo, nempe solo animo pariter transigitur. Hereditas jure civili invitis acquiri potest. Certe acquiritur hoc modo necessariis, & suis heredibus. *Instit. de hered. qualit. & differ.* in pr. & §. *sui.* versic. *necessarii.* Bonorum possessio invito nemini acquiritur, ne superioribus quidem. *L.* 3. §. *invito. D. de bon. poss.* Quippe quæ non nisi petenti, & accipienti, ut olim: hodie non nisi apud magistratum agnoscenti detur. De quo mox plura in ritu ejus acquirendæ.

XVIII. Ritus vero hic ita se habet. Nam cum hereditatis acquisitio nullum externum ritum desideret: sed hereditas ipso jure sine cujusquam facto acquiratur necessariis, & suis heredibus; extraneis autem sola animi destinatione ubicumque & quomodocumque testata: §. *item, extraneus, Inst. de her. qual. & diff.* hoc habet amplius bonorum possessio, ut in ea admittenda intervenire oportest auctoritatem magistratus.

XIX. Atque hic olim ritus fuit. Petebatur a magistratu bonorum possessio. *L.* 3. §. *acquirere, D. de bon. poss. L.* 1. §. *si intra*, §. *largius. D. de suc. ed.* unde Titulus C. *quando non petentium partes petentibus accrescant*; pro, *quando non agnoscentium bonorum possessionem partes agnoscentibus accrescant.* Et petebatur solemniter, ut est in *L.* 1. *C. com. de suc.* idest [12] solemnibus verbis in eam rem comparatis, ut significatur in *L. ult. C. qui adm. ad bon. pos.* Petenti prætor bonorum possessionem dabat, si quis modo petere se diceret ex ea caussa, ex qua prætor edicto bonorum possessionem pollicebatur. Unde illa: bonorum possessionem alicui dari posse. *L.* 3. §. *dari. D. de bon. poss. L.* 1. §. *quibus, D. de suc. ed.* item si quis dari sibi noluerit, pro si non admiserit. *d. L.* 1. §. *quibus, de suc. ed.* Item, quorum bonorum ex edicto meo illi bonorum possessio data est. *L.* 1. *D. quo. bon.* Ita fiebat rursum, ut qui agnosceret, datam, diceretur accipere bonorum possessionem. *L.* 2. *D. si tab. test. nul. exst.* Ex quo hæc omnia in eadem re, petere bonorum possessionem, accipere, agnoscere, amplecti. Etiam ad ritum petitionis pertinebat persona magistratus. Neque enim omnes bonorum possessionem dare poterant, sed solum qui præerant juri dicundo; prætor in urbe, præsides in provinciis. *L.* 2. §. *dies*, §. *in bonorum, D. quis ord. in bo. pos. ser.* idque ex ipsis verbis edictorum satis intelligitur: quibus prætor non alium daturum bonorum possessionem, sed se daturum pollicebatur. *L.* 1. in pr. *L. si quis ex his, D. si tab. test. nul. exst.* Hinc illud *L.* 1. *D. de jurisp.* Jus dicentis officium consistere etiam in bonorum possessione danda.

XX. Ab hoc ritu recessum postea constitutione Constantini, quæ exstat in *L. ult. C. qui ad. ad. bo. poss.* qua constitutione de vetere ritu tria hæc sunt sublata; solemnitas verborum; discrimen magistratuum adeundorum; tum petitio, & datio bonorum possessionis. Primum jubet constitutio facessere hic inanium verborum captiones. Deinde pro majoribus magistratibus quemlibet judicem, atque adeo duumviros, idest magistratus municipales, adeundi potestatem facit. Postremo pro petitione, & datione vetere, quæ a magistratu impetrabatur, sufficere vult qualemcumque testationem amplectendæ hereditatis, quæ testatio apud superiores magistratus ostendatur. Amplectendæ hereditatis, idest, bonorum possessionis: cum & hanc testationem edi lex velit apud judicem, & velit eam temporibus jure prisco statutis coarctari, quæ omnia constat propria esse bonorum possessionis, §. *cum igitur, Inst. de bo. pos. L.* 1. §. *quibus*, §. *largius de suc. ed.* Sed & de bonorum possessione legem superiorem Constantini Justinianus diserte accepit in *L. ult.* §. *nos itaque C. de cur. fur.*

XXI. Animadvertendum tamen est, constitutionem hanc de bonorum possessione edictali, quæ decretum prætoris non desiderat, accipiendam esse: ad decretalem bonorum possessionem [13] non pertinere.

XXII. Quod ut intelligatur, pertinet ad hunc locum nosse, [14] omnem bonorum possessionem a prætore partim ex decreto dari solitam, & caussa cognita; partim sine decreto, & sine ulla caussæ cognitione.

XXIII. Illam veteres decretalem vocant: *L.* 1.

12) Alia ratio est aditionis hereditatis; vid. *supr. Cap.* 10. *N.* 6 *& ibi not.* Cujac. 1. *Obs.* 34. discrimen inde esse putat, quod bonorum possessio non sit ex jure civili, & aspero, sed prætorio, ac benigno. Et Vasq. *Lib.* 2. *de Success. resolut.* §. 18. *n.* 35. prætorem considerare magis rei effectum, quam medii juris principium. vid. & Hot. *Ill. Q.* 34. *&* 2. *Amic.* 34 Cont. 2 *Lect. subsec.* 27.

13) Formulæ autem petendi diversæ erant, totidemque quot edicta prætorum bonorum possessionem proponentia, P. Greg. 43. *Synt* 2. *n.* 9. *&* C. 3. *n.* 6.

14) Consentit Duar. *h. t. C.* 5. Alciat. 2. *Paradox.* 13. antiquam formulam sublatam esse, in *d. L. ult.* non vero interpositionem decreti. Nec in correctoriis extensionem fieri debere. Referente, & reprobante Walth. 1. *Misc.* 15. quia agnitio, inquit, fieri potest, etiam apud duumviros *d. L. ult.* quos constat decreti interponendi auctoritatem non habere *L.* 4. §. 3. *de damn. infect.* Verumne hoc, & perpetuum, alibi convenientius dicetur.

L. 1. §. *decretalis. D. de suc. ed. hanc. edictalem. L.* 1. §. 1. *in fi. D. si tab. test. nul. exst.* quia scilicet ex edicto prætoris daretur. Sumptum ex verbis prætorum, quibus illi banc designautes ita exprimebant, ut dicerent alicui bonorum possessionem ex edicto datam esse: uti & interdictum quorum bonorum conceptum est. *L.* 1. *D. quo bo.* Non sane, quod decretalis honorum possessio non daretur etiam ex edicto. Nam & Carboniana bonorum possessio decretalis est; *L. si impubes.* in pr. & §. *& si pupillus. D. de Carb. ed.* quæ tamen dicitur dari ex edicto Carboniano. *L. cum mulier. L. quæritur. D. eod.* sed quia *edictalis* verbo intelligi volunt eam, quæ datur ex edicto solo sine alia caussæ cognitione; *decretalem*, cam, quæ ita est ex edicto, ut decretum magistratus adjunctum habeat, ac sine hoc non detur: &, ut loquitur Ulpianus, quæ insuper caussæ cognitionem, & decretum desideret. *L.* 2. §. *dies, D. quis ord. in bo. pos. ser.* Appellatione sumpta ex eo, quod hujus generis proprium erat, non commune. Similiter ut in obligationibus ex contractu dicimus, quasdam contrahi consensu, quasdam re, & verbis. §. *ult. Inst. de ob.* Nam & hic constat, nullum esse contractum sine consensu, & conventione. *L.* 1. §. 1. *D. de pac.* Sed ideo consensu dicuntur specialiter quædam contrahi, quia contrahuntur consensu solo: cum cæteræ ita contrahantur consensu, ut non contrahantur solo, sed cum ad consensum aliquid accesserit, puta rea, aut verba. Quibus etiam ex rebus tanquam reliquorum contractuum propriis, appellationes eorum generum natæ sunt. Fuerit ergo edictalis omnis ejusmudi, quæ quia solam aditionem prætoris desideraret ad amplectendam apud eum, & verbis dumtaxat ab eo accipiendam bonorum possessionem, potuerit carere solemni ista petitione, & acceptione bonorum possessionis, & contenta esse nuda testatione amplectendæ hereditatis apud quemlibet judicem. Et de ea Constantini constitutio loquitur, cui apparet, propositum fuisse in bonorum possessione apud judicem agnoscenda præcidere res inanes, & ad eam agnitionem non necessarias.

XXIV. At si quæ fuit bonorum possessio, quæ non in agnitione solum posita, etiam caussam desideraret, propter quam daretur, proinde & caussæ ejus cognitionem, cujusmodi est, quam decretalem vocamus: ad eam, inquam, superior constitutio non pertinet; cum totum hoc genus non constiterit verbis inanibus & captiosis, aut etiam supervacuis, quæ constitutio dicit se excludere: sed habuerit adjunctam caussæ cognitionem non modo justam, sed etiam necessariam, in re, non in verbis positam.

XXV. Manebit igitur etiam nunc in hoc genere vetus caussa dandi, & propter caussam ejus ipsius caussæ cognitio, & caussa a magistratu cognita ejus decretum ad obtinendam ex eo decreto bonorum possessionem. Et quoniam caussa cognosci, & ex caussæ cognitione jus reddi non potest a magistratu nisi more majorum, idest pro tribunali: *L. pen. D. de just. & jur.* eo fit, ut hic bonorum possessio non alibi ne nunc quidem dari debeat, quam pro tribunali; nec ab aliis magistratibus, quam olim, idest, iis qui tribunali præfuerunt. *L.* 3. §. *si caussa, D. de bo. pos.* Solum hoc videndum erit, quæ sint hujus generis, ut sciamus, in quibus forma vetus adipiscendæ bonorum possessionis manserit.

XXVI. Et decretales bonorum possessiones, idest, quæ ex caussa, eaque cognita, & ex decreto dentur, sunt tres: Carboniana vetus proposita impuberi, qui negatur esse filius, & proposita Carboniano edicto, de qua titulus, *de Carb. ed.* Ea, quæ impuberi nec parentem, nec tutorem habenti datur, maxime ex constitutione Theodosii. *L. si infanti, in fi. C. de jur. del.* Item ea, quam de sententia veterum placuit admitti, cum filius emancipatus institutus est, præterito eo postumo, qui putabatur esse in ventre, cum mulier non esset prægnans. De qua in *L.* 4. §. *ult. L.* 5. *D. de bo. pos. cont. tab.* & *L. ventre, D. de acq. her.* Omnes hæ dantur contra rationem juris civilis, & dantur suprascriptis personis non simpliciter, sed sub conditione, si caussa sit, cur dari debeant. Unde necesse est hujus caussæ cognitionem induci, ut quæratur, utrum ea caussa subsit, necne, ad permittendam bonorum possessionem.

XXVII. Carboniana datur filio impuberi, qui negatur esse filius, aut contra tabulas, si sit præteritus, aut unde liberi ab intestato, aut secundum tabulas, si sit institutus tanquam postumus, & negetur, esse filius postumus. *L.* 1. *in pr. L.* 3. *in pr. D. de Carb. ed.* Et datur contra rationem communis juris hoc modo. Nam cum in hac controversia, an impubes filius sit, necne, si res gereretur ex communi jure, petitionem hereditatis institui oporteret, & in ea caussam status statim agi, ut qui vicisset ex his, qui de ea hereditate contendunt quasi heredes, his restitueretur hereditas: hic contra favore

vore impuberis placet, impuberi perinde bonorum possessionem dari, ac si nulla de ea re controversia esset, & judicium status in tempus pubertatis differri. Utrumque tamen ita, nisi statim constare posset impuberem non esse filium, aut in re dubia nisi impuberis interesset cognitionem nun differri, ne probationes de statu, quæ nonc certæ esse possunt, tempore intercidant. *d. L. 1. in pr. d. L. 3. §. caussæ, §. duæ, D. eod.* Accedunt præterea io hac bonorum possessione danda hæ conditiones: quod hic hereditas permittitur impuberi, seu ejus tutoribus; si pro pupillo satis detur ei, qui impuberi quasi heres generis controversiam facit. Aut si non satisdetur, nna adversarius mittitur in possessionem bonorum. Quid si hoc casu velit committi sibi administrationem, impetrat, dum satisdet pupillo. *L. 1. §. 1. L. 5. §. 1. D. eod.* Quæ cum conditiones omnes hic expendi debeant, & cognosci, an exstiterint, necne: apparet, quam hic necessaria sit harum caussarum cognitio, quamque pendeat datio ex hac cognitione. Facit vero hæc cognitio, ut cum inde permissa sit bonorum possessio, in eo permissa sit decretum illud, quod dicimus: & ipsum ad obtinendam bonorum possessionem necessarium. Inde dictum id Carbonianum decretum. *L. si impubes*, in princ. & *§. si pupillus, D. eod.* ex quo & bonorum possessio *decretalis.*

XXVIII. Licet eadem animadvertere in ea bonorum possessione, quæ recepta est in [15] persona pupilli tutorem non habentis. Impuberi si hereditas delata est, quamvis jure civili, puta scripto heredi, aut heredi legitimo: tamen sine tutoris auctoritate nec jure civili, hereditatem acquirere potest: *L. cum in una, §. ult. D. de appel. L. potuit. C. de jur. del. §. neque tamen, Inst. de Auct. tut.* neque adeo jure prætorio bonorum possessionem amplecti. *L. bonorum. C. qui adm. ad bon. poss.* At constitutione Theodosii, qua de hac re plenius cautum est, *L. si infanti. in fi. C. de jur. del.* (nam & de eadem re cautum jam ante fuerat generalius constitutione Constantii, in *L. bonorum, C. qui adm. ad bo. pos.*) ea inquam constitutione Theodosii ei impuberi datum est, ut, si nec parentem, nec tutorem habeat, & major sit infante, possit adire prætorem, & ejus decreto jus hereditatis consequi. Quia autem hic jure civili summo non acquiritur hereditas: fit, ut quod hic dat magistratus, sit bonorum possessio, nec emolumentum successionis videatur ei aliter quæri, quam jure prætorio, ut declaratur in *d. L. bonorum, C. qui adm. ad bo. poss.* Decretum hoc aperte cognitionem præcedentem exigit, *L. nec quidquam, §. 1. D. de off. proc. L. 3. §. pen. D. de bo. poss.* Est autem caussæ cognitio in eo, ut cognoscat prætor, utrum pupillus tutorem habeat, necne: & si non habet, an expediat ei necne hereditatem admittere. Si hic decretum, & ex decreto bonorum possessio: perspicuum est & hic bonorum possessionem decretalem esse, & eam, quæ superiore magistratus cognitione carere non possit.

XXIX. Eadem licet agnoscere in ea bonorum possessione, quæ filio instituto, aut ejus heredibus datur, cum venter est præteritus. Quæ quam caussam habeat, & quam desideret ejus caussæ cognitionem, ac per hanc decretum magistratus, non difficile intelligetur ex ipsis locis, in quibus de ea agitur, ut *d. L. 4. §. ult. L. 5. D. de bon. poss. cont. tab. L. ventre de acquir. hered.*

XXX. Sunt ergo hæ bonorum possessiones, quæ decretum magistratus necessarium desiderantes veterum ritum in acquirendo retinent. Cæteræ, quas edictales tantum dicimus, eæ sunt, in quibus solemnitate petendi, & dandi, & necessitate magistratus superiores adeundi sublata, sufficit, apud judicem, & magistratum quemlibet unda amplectendæ hereditatis testatio ex superiore constitutione Constantini. *d. L. ult. C. qui admit. ad bon. poss. pos.* Interim in his quoque hoc ex superiore jure mansisse animadvertimus, ut saltem apud judicem aliquem testationem amplectendæ bonorum possessionis, seu hereditatis ostendere oporteat, & hactenus ad acquirendam hereditatem, præter agnitionem, necessaria sit judicis, & magistratus cujuslibet velut auctoritas. Hoc eam vim habet, ut si cui aliter, quam agnita bonorum possessione non possit acquiri hereditas, huic ad acquirendam hereditatem nihil prosit alibi, quam apud magistratum de voluntate suscipiendæ heredi-

15) Ita & noster in *Op. post. ad L. pen. & ult. C. Qui admitti pag. 45. seqq.* Duar *h. t. C. 5.* Goth. *ad Rubr. D. h. t.* P. Greg. *43. Synt. 2. n. 6.* qui tamen edictalem (in quo a nostro diversum sentiunt) decerni putant, edicto mortui prætoris, sine caussa cognitione, decretalem dari a prætore viro caussa cognita. Eaque divisio communi DD. consensu probata, ut refert Zoannet. *Restitut. ad Dig. Cap. 2.* ubi eam impugnat, uti & Forcat. *Dial. 11. toto* Furst. *2. de Success. 26.* Sed divisionem eam stabilit, ac tuetur, rationes Forsterii expendens, P. Gil. k. n. *de Pr. P. 3. C. 1. n. 9. & seqq.* & Fachin. *13. Contr. 36.*

Digitized by Google

reditatis testatum essa: puta adiisse hereditatem, aut pro hereda gessisse; & contra ei, qui hæc fecerit, nihil noceat fecisse, si forte ex pœnitentia heres fieri, & creditoribus hereditariis teneri nolit. Quod rescriptum est in *L. 1. C. de jur. delib.* de filia emancipata, cui cum deferratur solum bonorum possessio, puta præteritæ bonorum possessio contra tabulas, & ea servum hereditarium manumisissat, idest ea fecisset, quæ ad manumissionem pertinent, aut mancipia quædam distraxisset: respondetur, eam vereri non debere, ne hareditati paternæ sit obligata. Non utique quia ista faciendo non gesserit pro herede. Gessit enim his factis re vara pro harede. *L. Julianus, §. si servum, L. pro herede,* in pr. ver. *servos D. de acq. her.* Sed quia, ut est in rescripto, his factis bonorum possessionam non agnovit, ei autem bonorum possessio solum deferebatur.

XXXI. Sad quod hic in acquirenda bonorum possessiona exigitur, non item exigitur in repudianda. Non acquiritur, nisi agnita apud magistratum. At [16] ubivis repudiata, quæ delata erat, repudiatione amittitur: *L. 1. §. qui semel. §. quibus, §. sed videndum. D. de succ. ed.* Non mirum. Nam in re, quam a magistratu tibi tribui non petas, frustra voluntatem, & auctoritatem ejus axspectes.

XXXII. Quæsita bonorum possessione, hareditas quæsita ast, seu, ut est in *L. bonorum. C. qui admit. ad bon. poss. pos.* successionis emolumentum. Ut jam quæsitæ eadem commoda sint, & incommoda, quæ futura essent quæsita hereditate. Idque ita traditur in *L. 1. L. 3. in pr. D. de bo. pos.* de his autem commodis, & incommodis supra satis dictum est.

XXXIII. Ad extremum quærat aliquis, quid necesse sit in adeptione bonorum possessionis ad obtinendam hereditatem laborare. Nam si hareditas per se sola acquiri potest sine bonorum possessione, an non supervacuum est, bonorum possessionis agnoscendæ caussa magistratum adire, ut per hunc acquiratur hereditas, quæ sine ullo labore, & molestia, adde & perpetuo sola voluntate quæri potuisset? Sane vero ad acquirendam hereditatem esset prope [17] supervacuum, si nunquam ad eam acquisitionam necessaria esset bonorum possessio ex beneficio prætoris. Nunc autem sæpe est necessaria. Illas quidem, quas decretales esse diximus, necessarias essa ad obtinendam hereditatem, satis supra intellactum arbitror. Sed & ex edictalibus, quæ ex testamento competunt, supra ostendi illas esse necessarias, quæ tunc darentur ex æquo & bono, cum summo jure hareditas ax testamento obtineri non posset. Ab intestato quæ sint necessariæ, tum dicetur, cum ad legitimas successiones venerimus. Reliquas, quæ aut jure scriptis, aut legitimis heredibus proponuntur, qui & sine bonorum possessione potuerunt aut ipso jura, aut sola destinatione fieri heredes, fatendum est, ad acquirendam hereditatem non esse necessarias. Prosunt tamen nonnunquam & ad acquirendam expeditius hereditatam, & ad quæsitam facilius obtinendam. Ad acquirendam hereditatem utile est bonorum possessionem recte agnovisse in hereditate servo delata, aut delata filiofamilias, quæ quidem patri per filium acquiratur. Nam cum hi frustra adeant hereditatem, ubi jussus domini, aut patris non præcessit: hoc in bonorum possessione observari jam supra dixi, ut possit rata habari a domino, & patre, quam citra eorum voluntatem servus, aut filius agnovit. *L. 6. in pr. L. si quis mihi. §. jussum. de acq. hered.* Ad obtinendam autem facilius jam quæsitam hereditatam prodest omnis bonorum possessionis apud magistratum agnitio in eo, quod ei qui agnovit, non alii, dat prætor interdictum quorum bonorum. *L. 1. D. quo. bon.* Quo interdicto uti ad commodum possessionis celerius consequendum utilius est, quam uti [18] petitione hereditatis. Cujus rei rationem cum exposuarim diligentius, & ex professo ad *Tit. C. quo. bon.* nihil necesse est hoc loco, præsertim alieniore, persequi longius.

CAP.

16) Et per alium quoque repudiari potest: ut per servum *L. 1. §. 3. de Success. ed.* ubi notat Bellon. a. *Supput.* 15. comma (,) ponendum esse post verbum *servum*, atque eam vocem non referendam esse ad vocolam *delatam*, quasi non deferatur servo bonorum possessio, si is institutus, sed per eum, domino, quod falsum est, sed ad verbum *repudiare*. Nam nec alias erit ulla dubitandi ratio, quin dominus sibi dalatam ipse repudiare possit.

17) Et nec hodie quidem plane inutiles, multo minus autem per *Nov.* 118. abolitæ, neque tot juris capita late patentia tacite, præter solam gloriationem Justiniani cum quid ex veteri jure immutat, abrogata censeri debent. Vid. Oldend. *Progym. action. Cl. 5. Act. 6. Q. An hodie petatur recte bonor. possessio*, Vasq. *Lib. 3. de Success. creat.* §. 30. n. 144. Donellus nost. *in Op. postum. ad Rub. C. Qui admitti pag.* 16. *& seq.* Sich. *ad Rub. C. Qui admitti n. 6. & seqq.* ubi duobus in casibus omnino adhuc necessarias esse contendit. Diss. Forst. Jonjoe *Tractat. Justit. P. 1. Disp.* 16. Q. 8.

18) Ratio enim probandi expeditior, cum si probaverit, se filium, cognatum, &c. exceptiones, quæ ei objiciuntur, differantur in judicium directum: Donellus noster *ad Rub. Cod. Quor. bon. n.* 14.

De fideicommissariis hereditatibus.

CAP. XV.

Quid sit fideicommissum: unde verbi origo: Quæ vis hodie fideicommissorum: Re vetere mutata, nomen mansisse, & quam recte.

Transitio. I.
Etiam per fideicommissum hereditas defertur. II.
Fideicommissum quid. Ejus præstatio olim libera. Quid de eo jam inde a tempore Augusti, ac deinde paulatim acciderit. III. IV.
Quam ob causam fideicommissi acquisitionem a directa hereditatis acquisitione Auctor distinxerit. V.

I. Dixi hucusque de testamentariis, iisque directo datis hereditatibus, uti scilicet recte testamento deferantur instituto, substitutove heredi, tum delatæ quomodo acquirantur, vel amittantur, & quæ utriusque facti commoda incommodave sint: sive hæ acquiraotur jore civili, sive jure prætorio per bonnrum possessionem. Erat, ot initio proposui, alterum genos delatarum suprema voluntate hereditatum, qoas fideicommissarias vocamus: id est, earum, quæ suprema quidem voluntate, ut superiores, & sæpe testamento, verom noo directo, sed per [1] fideicommissum relinquuotur. Quorum delatio, & acquisitio cum dissimili jore habeatur, merito hoc geous disjungimus a superiore, deqoe eo separatam tractationem iostituimus. Quod & juris auctores feeisse constat, ot distincti de hoc genere tituli facile osteodont, io Pandectis quidem, & Codiee ad senatusconsultum Trebelliaoum; io Institutionibus antem, De fideicommissariis hereditatibus. Ac do eo post prius illud expositum, sequitur, ut cognoscamus.

II. Non ergo, ut dixi, directo solum deferri potest hereditas voluntate ejus de cujus bonis agitur, his modis, quos diximus: sed potest deferri & per fideicommissum. §. *ult. Inst. de pup. subst.* ut sit ea hereditas, de qua alii restituenda is heres, ad quem prius pervenit, rogatus est. *d.* §. *ult.* & §. *præterea*, *Inst. de fid. her.*

III. Fideicommissi oomen oatum ex re, non qoæ nuoe est; sed quæ initio fuit. Idque explicatur ad haoe sententiam *Inst. de fid. her. in pr.* Nam cum primum in usum venit, ut [2] rogarentur heredes aut legatarii, ut quid præstarent alteri: vere [3] tonc dictum est, & uti res erat, id fidei eorum committi: quia scilicet ex fide, & voluntate eorum pendebat, utrum præstarent, necoe: præstabant enim, si volebant; si nolebant, nulla ea res [4] vinculo juris teoebatur. Quippe lex duodecim tabularum hæc, *uti quisque legassit rei suæ, ita jus esto.* L. verbis legis. *D. de ver. sig.* ita accepta erat, quasi ut quid ratum esset ex suprema voluntate, id legandi verbo, idest, ut interpretatur Ulpianus in fragmentis *Tit. de legat.* legis modo, & imperative relinqui oporteret.

IV. Post res animadversa primum ab Augusto cum esset, cui placuisset fideicom-

1) Et quidem vera. Infinities enim dicitur hereditas restitui, hereditas fideicommissaria, &c. Nec credendum sexcenties fere proprietate vocis ICtos abusos. Licet autem fideicommissarius dicatur heredis loco, & quidem aliquando, non semper, §. *restituta* 3. *I. h. t.* & in effectu quodammodo heres L. 5. §. 1. *D. Quod. cum eo qui in al. pot.* vid. Tiraq. *Tr. le mort saisit le vif*. P. 2. *Declar.* 12. *n.* 10. & *seqq.* Nuspiam tamen opinor fideicommissaria dicitur quodammodo hereditas aut hereditatis loco. Nimirum hic hereditatis nomen non civile, sed naturale est, & argumentum e conjugatis sæpius fallax &c. Diss. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 10.

2) Aliter definit P. Greg. 42. *Synt.* 28. *n.* 4. & aliter Chiflet. *Lib.* 1. *de Jure fideicomm.* C. 6.

3) Chiflet. *d. Lib.* 1. *Cap.* 1. Fideicommissi nomen in ICturum familia natum, eorum proprium, & vernaculum esse. *Ibid.* scribit Cic. 3. *de Finib.* vocare fideicommissa commendationes, ac jussa morientium. Sed puto, vocem *jussa* non pertinere ad fideicommissa, sed significare legata, & ita hæc conjungere Tullium. Uti enim jubere est verbum directum, ita commendare, & mandare precarium, §. *ultim. I. de sing. reb. per fid. rel.* 77. §. 3. *de leg.* 2. Non autem probo expositionem Goth. *ad L. pen. de cond. in-stit.* per commendationes apud Ciceronem intelligentis sepulturas.

4) Quod de vinculo civili intellige. Naturalem enim obligationem produxerunt, cum dicatur pudore contineri *d.* §. 1. *I. h.* & in iis versetur pietas *L.* 78. *pr.* & §. 2. *h. t. ad SC. Treb.* & jus gentium fidem servandam statuat. Chiflet. *Lib.* 1. *de I. fideic.* C. 1. & 2. & valeat ad exceptionem quondam profusse, nec soluta repeti potuisse. Nec obstare *L.* 27. *de Usuf. leg.* Nam ibi matrimonium nec jure gentium constitit, atque ita caussa naturalis defecit. Fuerat autem relictum illi fideicommissum tanquam uxori, vid. *L.* 32. §. *pen. in fi. de don. int. vir.* Quidam putant, ideo necessitatem non injunxisse fideicommissa, quia instar mandati fuerint, quod & e volente tantum suscipitur, & susceptum morte finitur. Quod si ita esset, nec naturalem obligationem peperissent. Sed tamen & mandata post mortis tempus collata valent, si ultimam voluntatem referant. Vid. *not. infr. Lib.* 16. C. 23.

Digitized by Google

commissa quædam præstari: sicuti sunt & alii postea hujus exemplum, quod justum, & populare videretur, ac tandem paulatim res conversa in assiduam jurisdictionem, ut ibidem Justinianus scribit: idest, paulatim factum, ut fideicommissorum præstatio non amplius esset libera, & ex fide sola, sed converteretur in [5] necessitatem juris, & qualia esse solet earum rerum, de quibus præstandis jus assidue, & uno modo dicitur. Itaque ut apparet, res mutata est; neque amplius fideicommissa, si rem spectamus, fideicommissa sunt: quoniam non pendent ex fide eorum, qui rogati sunt. Sed tamen re sublata, nomen mansit, quod initio fuerat, ut in innumeris aliis appellationibus accidit: quæ semel rei alicui recte impositæ, etsi res mutatur postea, tamen ad extremum retinentur. Exemplo sit tabularum appellatio apud nostros pro omni scriptura, sive materia, in qua aliquid scriptum est. Unde bonorum possessio contra tabulas testamenti, & secundum tabulas, appellationes etiam nunc usitatæ. Et tamen [6] tabulis uti ad scribendum homines desierunt, & quacumque alia materia testamentum hodie scriptum sit, eædem bonorum possessiones locum habent. *L.* 1. *D. de bon. poss. secund. tab.* Quomodo ergo contra tabulas, aut secundum tabulas, ubi nullæ sunt tabulæ? nempe quia primo veteres ad scribendum tabulis usi sunt, unde natæ superiores appellationes. Ac materia scribendi mutata, nomen tamen vetus hic mansit. Cujus hæc ratio est, ut *ἀναφορικῶς* dicantur tabulæ, non quæ nunc ita sint, sed quæ olim futuræ essent, si quid scriberetur; quo tempore tabulæ nominari cœperunt. Sic & fideicommissum, quod olim ita esset, quo tempore primum recte ita nominatum est: nunc ex [7] similitudine verborum ita dicitur, non ex re; quæ jam non pendet ex fide rogatorum, sed necessitatem præstationis adjunctam habet.

V. Etsi autem ex hoc jure res eo rediit, ut æque fideicommissariæ hereditates, atque institutiones, & substitutiones heredum: atque adeo etsi fideicommissum hereditatis, nihil nisi [8] substitutionis species est, ut suo loco diximus: tamen inter acquisitionem directo relictæ, & fideicommissariæ hereditatis, ac jus quod ex hac acquisitione utrinque nascitur, plurimum interest. Quæ nobis caussa est, ut & veteribus, ista distinguendi.

CAP.

5) Vid. P. Greg. 42. *Synt.* 29. n. 2. a. 3. Chiflet. *d. Lib.* 2. *C.* 3. Zas. *ad Rub. D. de leg.* 2. n. 5. *& seqq.* quicquid nugentur alii, scribit, fideicommissorum originem esse a vetustissimis moribus, quibus contractus, qui sola fide nitebantur, firmissimi, Halic. Lib. 2. posteriorem autem ætatem cœpisse deflectere, & sæpe fideicommissis illudere. Quidam sic: Fideicommissorum jus (id est non usum, sed necessitatem) natum esse sub Augusto §. 1. *I. h. t.* altum, & educatum sub Claudio *L.* 2. §. *capto* 32. vers. *post deinde de* O. *I.* confirmatum sub Nerone §. 4. *I. h. t.* reformatum, & interpolatum a Justiniano §. 7. *I. h. t.*

6) Quod & in aliis nominibus fieri observavit Val. Guil. Forst. *Obs. succis. C.* 16. vid. & Forner. 2. *Select.* 9.

7) De quo vid. P. Greg. 16. *Syntax. Art. mirab. C.* 10. Rotom. pulchre 4. *Obs.* 1. Mener. 2. *Opin.* 12.

8) Goveanus tamen 2. *Var. lect.* 1. n. 8. fideicommissum a fideicommissaria substitutione differre putat, ut genus a specie. Si ita scriptum sit: Filius heres esto: Rogo uti cum primum poterit, Titio hereditatem restituat, fideicommissum esse, non fideicommissariam substitutionem. Eam demum esse substitutionem, quæ in pupillarem, & mortis casum concepta sit &c. Differentias autem fideicommissi Universalis, & particularis 14 pete ex Sim. de Prætis *Lib.* 3. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 3. *Dub.* 2. *Sol.* 2.

CAP. XVI.

Quam recte deferatur hereditas fideicommissaria, pro ea potestate, quæ ad eam rem jure cuique concessa est. Seu de potestate deferendæ hereditatis fideicommissariæ. Positam esse hanc potestatem in personis, quibus fideicommissum constat: in ritu testationis; in re, quæ relinquitur; in relinquendi modo; & quodnam jus de singulis.

Communia utriusque acquisitionis fideicommissariæ, & directo relictæ hereditatis. I.
In quo maxime differant. II.
Quare in omni quæstione de deferenda hereditate semper a potestate deferendi sit ducendum initium. III.
Potestas, & jus deferendi fideicommissi quid. IV.
Et spectatur in quatuor rebus. V.
Constat omne fideicommissum personis tribus. Hæ quæ sint. VI.
Et qui relinquit fideicommissum, & is, cui relinquitur, iisdem regulis juris continentur, quibus testator, qui instituit, & qui ab eo instituitur directo heres. VII.
Quantum cuique datum suprema voluntate, tantum ab eo relinqui potest, præterea, nihil. VIII.
Utrum huic regulæ adversetur quod placuit, etiam heredes legitimos rogari posse. IX.
Fideicommissa hereditas cum testamento relinqui potest, tum codicillis. X.
At testamento a solo herede instituto. XI.
Quatenus testamento rogari possint heredes ab intestato. XII.
De codicillis postea. XIII.
Res, quæ per fideicommissum relinquitur, hereditas. XIV.
Hæcque vel tota, vel ejus pars; & quando totius fideicommissum, vel solius dodrantis debeatur. XV.
Modus relinquendæ fideicommissariæ hereditatis in quo versetur, & ubi de eo Auctor. XVI.

I. AC de acquisitione fideicommissariæ hereditatis, quæ prima hic quæstio est, de ea primum dicatur. Habet vero hæc omnis acquisitio cum acquisitione directo relictæ hereditatis hoc commune, ut constet & ipsa, perficiaturque, duabus illis rebus; fideicommissi delatione justa, & delati susceptione. Sed & ipsa delatio iisdem illis duabus continetur, si & ab initio constiterit fideicommissum, & semel cœptum perseveret. Potest enim & ipsum eventu infirmari. Nec minus ut consistat ab initio, duabus item illis rebus efficitur, [1] potestate deferendi, & deferentis voluntate: idest, si is qui hereditatem per fideicommissum relinquere cogitat, potest jure deferre, ut fideicommissum valeat; & ut potest, ita voluntate defert, rogando heredem ut restituat.

II. Sed hic primum dissimilitudo se aperit, quod hæ res duæ, propriis differentiis additis, ut species dissimiles efficiunt, ita & delationem longe dissimilem.

III. A potestate deferendi semper initium ducendum in omni hac quæstione de deferenda hereditate: sive quod fideicommissum instituenti prima cura esse debet, ut fideicommissum ita instituat, ut jure licet, ne frustra fideicommittat: sive quod fideicommisso relicto, cum de eo controversia est, prima est quæstio de viribus fideicommissi: quoniam frustra esse dicatur, si ejus relinquendi potestas non fuit.

IV. Potestas, & jus deferendi fideicommissi est, cum in omnibus partibus relicti eo servantur, quæ jus præscribit.

V. Spectatur hæc potestas his in rebus: in personis, quibus fideicommissum constat; in ritu externo testationis, in re, quæ relinquitur; & in relinquendi modo.

VI. Constat fideicommissum omne, maxime autem hereditatis, personis tribus: eo, qui relinquit; eo, cui relinquitur, qui in usu juris dicitur [2] fideicommissarius: *L.* 4. *L. cogi.* §. *cum quidam.* §. *Mæcia-*

[1]) *L.* 2. *D. de leg.* 1. Ulpian. *lit.* 25. §. 4. Sufficit autem jus testandi, licet facti impedimento aliquo testari vetitus fuerit *d. L.* 8. §. 2. *de Jur. codicill.* vid. P. Greg. 43. *Synt.* 1. n. 6.

[2]) Sic vocari ubique eum, cui restituitur fideicommissum, unico loco excepto, ubi vocula *fideicommissarius* significat heredem, qui restituit in *L. quamvis* 51. *de judic.* scribit Chifet. *Lib.* 1. *de Jur. Fideic. C.* 1. Idem putat, mendum esse in *Nov.* 108. *c.* 2. ac in Græco pro ὁ φιδεϊκομμισσάριος legendum τῷ φιδεϊκομμισσαρίῳ. Quod contextus, & series ibidem vix admittit. Sed tamen puto, ibidem proprie fideicommissarium dici, cui ab alio hereditas relicta est, qui

caret

cianus. & passim. *D. ad Treb.* & eo [3], a quo fideicommissum relinquitur, seu qui rogatur, ut restituat vel hereditatem, vel quid aliud.

VII. Et qui relinquit fideicommissum, & is, cui relinquitur, iisdem regulis juris continentur, quibus testator, qui instituit, & qui ab eo instituitur directo heres. Jure fideicommissam hereditatem, & adeo fideicommissum omne relinquere potest, qui & testandi jus habet. *L.* 1. in pr. & §. 1. *D. de leg.* 3. Certe si testamento relinquitur fideicommissum, res est expedita. Si relinquitur codicillis, ut posse postea constabit: tamen idem jus est; quoniam is solos codicillos facere potest, qui & testamentum: ut est in jure codicillorum; de quo postea. *L. conficiuntur.* §. 1. *D. de jur. codicill.* Eadem fideicommissarii caussa, quæ & heredis. Ut solus institui potest heres, eum quo testamenti factio est: ita soli huic hereditas per fideicommissum relinqui. Solum enim legari potest huic generi civium. §. *legari. Institutionib. de leg.* fideicommissa autem exæquata sunt legatis per omnia. *L.* 1. *D. de leg.* 1. *L.* 2. *C. com. de leg.* Qui testamenta facere possint, suo loco diximus, cum de justis testamentis ageremus superiore libro. Qui heredes possint institui, & cum quibus sit testamenti factio, diximus eodem libro sub titulo, de heredibus instituendis.

VIII. A quibus autem fideicommissa hereditas relinqui possit, continetur hac regula juris certi, ut quantum cuique datum sit suprema voluntate, tantum ab eo relinqui possit. Ultra quam autem quis acceperit, ab eo relinqui nihil possit. §. 1. *Institutionib. de sing. reb. per fid. rel. L. ab eo. C. de fid. L.* 6 *in fin. D. de leg.* 3. Hinc est, quod placuit, fideicommissam hereditatem relinqui posse ab omnibus, ad quos [4] hereditas nostra perventura est, sive sint a nobis scripti heredes, de quibus constat, §. 1. *Institut. de fid. her.* sive sint legitimi; sive ii, quibus prius [5] per fideicommissum hereditas nostra restituta est. De quibus generibus duobus scriptum est *in* §. *præterea. Institut. eod.* Et quidem quod placuit a scriptis nostris heredibus, & nostris fideicommissariis hereditatem nos relinquere posse, superiori regulæ convenit. Heredibus enim a nobis institutis hereditatem dedimus. Dedimus & his, quibus voluimus prius per fideicommissi caussam restitui. Ut pro regula superiore recte petamus ab his omnibus, ut quam hereditatem a nobis acceperunt, eam alii restituant.

IX. At quod placuit etiam heredes legitimos rogari posse; verendum sit fortasse potius, ne superiori regulæ adversetur. His enim hereditatem non damus, sed lex; qua sola ab intestato defertur legitimis heredibus hereditas. Unde & legitimorum heredum nomen. *Tit. de suis & leg. her. D. & C.* unde quæ ab intestato defertur, dicitur lege obvenire, ἐννόμως, ut sit lege sola, non etiam testamento, aut voluntate testatoris: cum testamentariæ obveniant etiam lege, ut quæ etiam lege confirmentur. *L. lege. D. de verbor. sign.* Quæ res facit, ut quoniam his nihil damus, eo nec videamur eos rogare posse, ut quid restituant juxta regulam supra scriptam. Et sane non possemus, si quidem bis hereditatem non daremus. Perpetuo enim tenendum est, non esse recipiendum, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges. *d. L.* 6. *in fin. de leg.* 3. *d. L. ab eo. C. de fid.* Idque æquitas, & lex duodecim tabularum efficit. Hæc enim tuetur supremas voluntates: sed si quis de suis bonis largiatur, non de alienis. *L. verbis legis D. de verbor. signific. L. testandi, C. de testa.* Neque eo minus huic juri, & æquitati convenienter placuit, etiam ab intestato succedentibus fideicommissum dari posse. Nam & his creditur, paterfamilias sponte sua relinquere legitimam hereditatem, ut scribit Paulus in *L. conficiuntur*, in pr. *D. de jur. cod.* dictum haud dubie ad expediendam superiorem objectionem. At quomodo dedit, cujus nulla voluntas est, qua quidquam conferret in heredis legitimos? Dedisse creditur, cum eis non adimit, inquit Ulpianus in *L.* 1. §. *sciendum*, *D. de leg.* 3. At dicitur legitima here-

cavet possessoribus tertiis, a quibus vindicat, de indemnitate, ratione quartæ debitæ fiduciario &c. Nec minus proprie intelligere poteris in *d. L.* 51. si exponemus rescriptum D. Severi, de quo ibi, quod ad casum propositum promanavit, de fideicommissario gravato alteri restituere, vel e quo fideicommissum singulare relictum, ut ita in vers. *sed & per ea verba*, quæ eorum natura, & vis est, fiat extensio ab herede directo ad fideicommissarium &c.

3) Qui fiduciarius vocatur, quod ejus fidem sequatur defunctus *L.* 46. *L.* 67. §. *ult. h. l.* Unde & hereditas fiduciaria *L.* 9. §. 1. *de reb. cred.* Chillet. *d. Lib.* 1. *C.* 2. vid. & Forst. 2. *de Success.* 21. *n.* 2.

4) Judicio scilicet aliquo defuncti, non si aliunde *L.* 2. *in fi. pr. de dol. prælez.* Non si necessario, ut in adrogato, cui quarta ex constitutione D. Pii relinquenda *L.* 22. §. 1. *ubi hæc ratio. D. de adopt.* In patrono, cui ex successione liberti dimidia debetur *L.* 114 §. 1. *de leg.* 1. Atque hinc legitima nequit onere fideicommissi gravari. De quo forte alibi.

5) Cujusmodi habendus etiam is, cui parvo pretio heres jussus res vendere, arg. *L.* 13. §. 5. *de pet. her.* Chillet. *Lib.* 1. *de I. Fideic. C.* 1.

Digitized by Google

hereditas lege obvenire, ut intelligamus sola lege dari, non a testatore. *d. L. lege, de verbor. sign.* Utrumque verum est. Non datur a testatore directo, seu voluntate aperta. At datur obliqua quadam via, & tacita voluntate. Defert enim lex directo: sed ita, ut, si velit paterfamilias, possit delationem impedire testamento facto alios heredes instituendo. Institutis namque quamdiu locus est, tamdiu non est legitimis locus. *L. quamdiu potest. D. de acquir. her.* Finge ergo, patremfamilias testamentum non facere. Non dubium, quin per consequentiam velit hereditatem suam pervenire ad legitimos heredes: quam & ipsam illi beneficio ejus consequantur. Testamento enim non facto, quod totum fuit ejus voluntatis, fit legi locus, quæ ab intestato defert hereditatem; sic tamen: ut sine priore illa testamenti omissione ad hanc legem perventum non esset. Dedit ergo, ut dixi, qui cum adimere jure suo posset, non ademit, etsi non fit hoc directo. Voluit hanc hereditatem pervenire ad legitimos, qui noluit facere testamentum, quo legitimæ hereditati esset locus: etsi hoc modo non recta pervenit hereditas a testatore: cum non esset perventura, nisi prius lex ab intestato istis personis hereditatem detulisset.

X. Ritus deferendæ fideicommissariæ hereditatis non idem, qui in hereditate directo deferenda. Directo hereditas institutionibus, & substitutionibus dari non potest, nisi testamento. *L. hereditas. C. de pac. con. §. pen. Inst. de cod. L.* 2. *C. eod.* At fideicommissa hereditas & [6] testamento relinqui potest, & codicillis. Testamento constat, cum heredem a se testamento institutum testator rogat, ut eam hereditatem alii restituat. §. 1. *Inst. de fid. her.* Sed potest & codicillis. *d. §. pen. Inst. de cod. L.* 2. *C. eod.* Ac codicillis quidem non tantum heredes legitimi rogari possunt ab intestato, sed & testamento facto heredes eo testamento scripti. *L. conficiuntur. in pr. D. de jur. cod.*

XI. Testamento autem rogari non possunt, nisi heredes instituti: legitimi non possunt. Non sane quia non possint omnia liberius, & certius relinqui testamento, quam codicillis: cum testamentum sit plenior, & solemnior voluntas: sed quia testamento facto, quamdiu ex eo adiri potest hereditas, nulli sunt heredes legitimi. Tamdiu enim hereditas ab intestato non defertur. *L. quamdiu potest. D. de acq. her.*

XII. Sane possunt testamento, quod rite factum erat, rogari heredes ab intestato, ut, si ex testamento adita hereditas non sit, restituant hereditatem alicui. *L. ea quam. C. de fid.* Sed & tunc hereditate ex testamento non adita, fit locus legitimis heredibus; & scriptura testamenti cum pro testamento jam haberi non possit, incipit valere tutum pro codicillis.

XIII. Hæc res induxit quæstionem hoc loco de codicillis. Neque enim statim intelligitur, quid codicillos vocemus, nec statim quidvis codicillis relinqui potest: nec quibusvis quid ab initio recte relictum, debetur. Itaque res ipsa, & codicillorum jus explicationem desiderat. Quæ quoniam eget pluribus verbis; ne oratio de fideicommisso hereditatis cœpta longius interrumpatur, separatim de eo dicemus.

XIV. Res, quæ relinquitur in fideicommissaria hereditate est, ut apparet, hereditas, de qua restituenda rogatur heres, ad quem ea pervenit.

XV. Potest vero quisque heredem suum & de tota hereditate, & de parte hereditatis restituenda rogare. §. 1. in princ. & versic. *potest. Instit. de fid. hered. L. ita tamen*, 27. §. *Trebellianum. D. ad Trebel.* Sic tamen tota hereditas per fideicommissum relinqui potest, ut & totius fideicommissum valeat, ac debeatur, si heres hereditatem invitus adierit. *L.* 4. *D. ad Trebellian.* Sin adeat volens, jure nihil amplius debetur, quam dodrans, novem unciæ: quarta autem parte relictum minuitur jure falcidiæ. §. *sed quia heredes. Instit. de fid. hered.* De quo postea in eo jure, quod ex fideicommisso tam acquiritur fideicommissario, quam remanet apud heredem.

XVI. Modus relinquendæ fideicommissariæ hereditatis, versatur potissimum in his rebus, quæ fideicommisso adjici solent: qualia sunt hæc demonstratio, causa, dies, conditio, modus. Omnia in his cum legatis, & fideicommissis rerum singularum communia, dum hoc quæritur, adje-

6) Chiflet. *Lib.* 2. de *I. Fideic.* C. 2. sic: Reliqui fideicommissa hæc aut testamento, quæ ab intestato non debentur *L.* 81. *de leg.* 2. aut ab intestato §. 10. *I. h. t.* aut extra testamentum, quæ non a legitimis, sed scriptis heredibus præstantur, ut in *L. ille a quo* 13. §. 3. Si quis peregre abiit, & apud exteros fideicommissa reliquit, non codicillis, nec epistola, sed verbis prolatis. Quam speciem videtur elicere velle Chiflet. ex verbis *d* §. 3. finge, verba fideicommissi, *de longinquo*, petenda esse. Verum illorum verborum alius sensus, ac codicilli quoque sunt per nuncupationem ut C. seq. *in fin.*

adjecta illa quatenus fideicommisso obsiuit, aut non obsinit: tum quam voluntatis interpretationem habeant. De quibus ideo in commune a nobis in eo argumento dicetur, libro sequenti.

CAP. XVII.

Fideicommissum hereditatis ubi ex voluntate relictum intelligatur. Recte relictum ab initio quandiu perseveret, ut perfecte dici possit delatum.

In fideicommissis voluntas maxime spectatur. I.

Ea intelligitur, vel ex verbis quomodocumquo fideicommissum exprimentibus, vel sine his, ex sententia testatoris licet de eo nihil exprimentis. II. III.

Ex sententis *cum directo relictum inutile, de eadem autem re fideicommissum utile esse potest.* IV.

Accidere duobus modis, ut testator frustra declaret, hereditatem suam ad aliquem directo pervenire. V.

Uno si recta heredem instituat, aut substituat ubi, aut quomodo non licet. VI.

Altero si heredem ea facere jubeat, quibus factis, hereditas ad alium perventura esset. Idque tribus modis. VII.

Quatuor in speciebus accidere, ut testator velit directo hereditatem pervenire ad aliquem inutili relicto, & hoc nihilominus de ejus sententia valeat pro fideicommisso. VIII.

1. *Si aliquem directo instituerit, aut substituerit ubi non licet, puta codicillis.* IX. X.

2. *Si heredem suum roget, ut aliquem heredem faciat.* XI.

3. *Si herodi suo mandot, no testamentum faciat.* XII.

4. *Si duo testamenta condens, posteriore cavit, ut prius quoque valeat.* XIII.

Non osse satis ad justam delationem fideicommissum initio extitisse, nisi ad extremum perseveret. Delatum *hic paulo generalius dici, & quatenus. De modis, quibus fideicommissum infirmetur ubi dicturus sit Auctor.* XIV.

I. Constituta potestste deferendæ fideicommissariæ hereditatis, in qua sunt ea, quæ modo diximus: tunc demum defertur hoc modo hereditas, cum qui potuit jure deferre, etiam voluntate detulit. Voluntas est, quæ in testamentis, & codicillis totum facit, quæ eadem lege duodecim tabularum confirmatur, *L. verbis legis. D. de verbor. significat. L. ex facto. §. rerum. D. de her. instit. L. 12. in fin. D. de leg.* 1. Sed præcipue hoc jus jam inde ab initio in fideicommissis obtinet; utpote quæ a fide heredum initio penderent, eique committerentur, contempta, juris civilis in relinquendo subtilitate. *L. cum proponebatur.* 64. *D. de leg.* 2. Hoc eo pertinet, ut nec sine hac voluntate & delatione fideicommissum sit, nec cum fideicommissum esse cœperit, quidquam amplius inde debeatur, qusm quatenus testator voluit: & contra, ut cum intelligetur, testatorem voluisse alii quid restitui, sola voluntas sufficiat ad fideicommissi præstationem.

II. Tunc relictum fideicommissum hereditatis intelligitur, cum testator id fecit, quod proprium est hujus fideicommissi. Id autem est, cum testator eos heredes, a quibus utiliter hereditatem relinquere potuit, rogat, ut eam hereditatem alii restituant. *§. 1. §. præterea, Inst. de fid. her.* Non necesse est vero id verbis ita exprimi. Satis est, si quomodo factum esse ex verbis intelligatur. Intelligitur quidem tum maxime, cum verbis fideicommissum diserte expressum est: sive fiat superioribus, sive reliquis verbis fideicommissi: ut *peto, mando, volo, fidei tuæ committo*, ut restituas, quæ referuntur in *§. ult. in fin. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* aut rogo, ut [1] hereditatem meam cum Titio partiaria, *L. ubi. §. 1. D. ad Treb.*

hoc

1) Non verba spectamus Senatusconsulti (scilicet *Trebelliani*) sed sententiam quibuscunque verbis conceptam modo id senserit testator *d. L.* 19. §. 1. ubi non probanda correctio Fabri 4. *Conject.* 8. pro *SCti*, reponentis *fideicommissi*, propter verba, ait, seqq. quod absurda sit locutio, *non verba SCti, sed sententia testatoris.* Verum & verba *sed sententia* commode de SCto accipi possunt, vid. P. Fab. *ad L.* 22. *de R. Jur. p. m.* 81. Quæ verba fideicommissum non inducant, vid. P. Greg. 42. *Synt.* 28. *n.* 41. Preces autem hic non necessario dirigi ad certam personam debent, sed qualitercunque eas intercessisse sufficit. Et potest loqui testator non tantum cum eo, quem onerat, sed etiam cum eo, quem honorat vel remuneratur *L.* 69. *pr. L.* 75. *pr. de leg.* 2. vid. Chifflet. *Lib.* 1. *de Jur. fideicom.* C. 6. *pag.* 856.

hoc enim valet, ut partem hereditatis illi des, restituas.

III. Sed & sine verbis fideicommissi [2] sententia testatoris idem efficit, ut ubicomque intelligetur, testatorem hoc sensisse, ut hereditas sua restituatur, ibi fideicommissum admittatur ex sententia, quamvis de fideicommisso nihil plane testator expresserit. *d. L. ubi. §. 1. ad Treb.*

IV. Sine ullis verbis fideicommissi, de fideicommisso tamen sensisse testator intelligitur, cum voluit hereditatem suam directo pervenire ad aliquem, & relictum hoc modo inutile est, de eadem autem re fideicommissum [3] utile esse potuit. Apparet enim, in hoc relicto hanc mentem esse testatoris, ut siquidem directo pervenire hereditas potest, ita perveniat tota, quantum scilicet voluit. Si non potest directo tota, at saltem quantum jure potuit. Quare si quod directo non valuit, potest effici per fideicommissum: relinquitur, ut hoc modo relictum valuerit. Ex quo & in omnibus hujusmodi directis relictis fideicommissum hereditatis admissum est. Quod intelligetur propositis iis caussis, in quibus ejusmodi relictum incidit.

V. Et animadverto, duobus modis accidere posse, ut testator declaret, se velle hereditatem suam directo ad aliquem pervenire, atque utroque modo velit frustra.

VI. Uno modo, si hunc ipsum, ad quem hereditatem pervenire vult, recta ipse heredem instituat, aut substituat, ubi tamen, aut quomodo non licet.

VII. Altero, si cum herede suo agens ab eo petat, ut faciat id, quo facto futurum sit, ut ad illum alterum hereditas defuncti directo perveniat. Atque hoc ipsum tribus modis fieri potest: aut petendo ab herede suo, ut illum alterum heredem faciat: aut petendo, ne ipse testamentum faciat; aut cavendo, ut heredes, priore testamento rupto, institutos ita heredes esse patiatur. Et fiunt hæc omnia inutiliter. Sic tamen, ut in omnibus fideicommissum recipiatur, & id quidem sine verbis ex sententia. Quæ si in singulis his caussis recte demonstrantur, constitutum id erit, quod proposuimus. Id ut fiat planius, ipsas caussas superiores in numerum conferam, ac de singulis dicam ordine, rationem veterum, & sententiam de his explicans.

VIII. Quatuor ergo istis modis, seu quatuor istis in caussis accidit, ut testator velit directo hereditatem suam pervenire ad aliquem relicto, & præcepto inutili; ubi tamen relictum pro fideicommisso de sententia testatoris valeat.

IX. Prima species est, cum testator ultro ipse, & recta heredem instituit, aut substituit directo, ubi non licet, puta codicillis. De qua specie in *L. Scevola*, 76. *D. de Treb.* Hic si jus spectamus, inutilis institutio est. Hereditas enim codicillis neque dari neque adimi potest. *§. pen. Inst. de cod.* Si testatoris voluntatem; illud certe intelligimus. Idque ipsum ex verbis perspicuum est, testatorem voluisse, ut hereditas sua ad institutum, vel substitutum perveniret. Non potest directo, quia jus prohibet. At potest aliquo modo, nempe per fideicommissum. Non dubium igitur, quin hoc saltem modo pervenire voluerit. Quod si voluit, satis est voluntas ad fideicommissum, quæ aliquo modo ex verbis intelligitur, ut est propositum. Et hoc ita receptum est a Scævola in hac specie ex superiore interpretatione voluntatis, quam benignam vocat; quia est ex sententia omissis verbis, quibus id cavetur, quod per se inutile est. Itaque respondet, patresfamilias intestato mortuo, eos quidem, qui lege vocantur, directo heredes futuros; sed hos fideicommisso obligatos esse, ut hereditatem testatoris instituto, aut substituto isti restituant. *d. L. Scævola, ad Trebel.*

X. Quo exemplo idem recipimus, si testator testamento substituit heredem inutiliter, cui tamen utiliter fideicommissum relinquere potuit. Veluti, si [4] impuberi filio substiterit, si filius intra vigesimum quintum annum decesserit, ut est species *L. centurio*, *D. de vulg.* Dicemus igitur, filio intra pubertatem decedente, substitutum etiam propria bona filii jure communi capturum, ut est in *d. L. centurio*, nempe ex substitutione pupillari, ex qua pupilli bonis succeditur, non patris. *L. sed si plures*, *§. ad substitutos*, *D. de vulg.* Quod si post pubertatem decedat, quamvis intra vigesimum quin-

2) Vid. Chiflet. *d. C.* 8. *p.* 891. Diss. A. Fab. de quo vid. *not. infr. Lib.* 8. *Cap* 3. *N.* 2.

3) Chiflet. *Lib.* 2. *de Jur fideicom. C.* 18. Utile dici fideicommissum, in *L.* 77. *de leg.* 1. *L.* 34. *pr. de leg.* 2. quod non verbis clare expressum, sed intellectum, ad exemplum utilium actionum, quæ non ex verbis, sed sententia LL. competunt.

4) Item si fiat a matre filio impuberi, vel a patre naturali, seu emancipato, Valasc. *Consult.* 54 *n* 8. tradens, quoties substitutio pupillaris non valet ut pupillaris, valere eam, ut precariam; sed si intra pupillarem ætatem is cui substitutum est, decedat. Et hoc vocant DD. fideicommissum pupillare, quod a vulgari distinguunt, de quo vid. Vacon. 4. *Declar.* 64. *n.* 11. *& seqq.* P. Greg 42. *Synt.* 26. *n.* 8. *&* 2. *seqq.*

quintum annum: tamen inutilis est substitutio, quæ finita est pubertate. *L. in pupillari. D. de vulg.* Sed quæ directo non valet, dicemus, eam [5] in fideicommissum valere; & legitimum heredem filii rogatum videri, ut patris hereditatem substituto restituat. Hoc ita fieret, si pater nominatim rogasset filium, ut restitueret hereditatem post decimum quartum annum. *L. coheredi.* §. *cum filiæ. D. de vulg.* Ergo & non expresso fideicommisso, idem recipiemus ex sententia; quia appareat in hac substitutione testatorem voluisse, ut hereditas sua ad hunc substitutum perveniret. Neque vero responsum Scævolæ superius alia ratione defenditur.

XI. Secunda species ejusdem relicti directi, & tamen inutilis, ubi fideicommissum ex sententia admittatur, est, cum non instituit testator sibi aliquem heredem, puta Titium: sed [6] heredem suum rogat, ut Titium istum sibi heredem faciat. Quæ species est. *L. ex facto.* 17. *in princip. D. ad Trebell.* Hoc quidem modo rogatur heres inutiliter. *dicta L. ex facto. L. filiusfamilias*, 114. §. *ut quis heredem. D. de leg.* 1. Sic enim petitur ab herede, ut testamentum faciat: quoniam hereditas nisi testamento non datur. *L. here-*

5) Consentit fere Vacon. 4. *Decl.* 64. *n.* 19. *& seq.* Contra autem plerique sentiunt; eo quod substitutio pubertatis adventus finiri *L.* 14. *de vulg. & pup.* evanescere §. 8. *I. de pupill.* ultra eam frustra fieri, dicatur *L.* 7. *de vulg.* & quod hoc casu speciale jus in milite constitutum erguat, jus commune esse contrarium; vid. *not. supr. Lib.* 6. *Cap. ult. N.* 7. Ac sane non omnino aperta hic est voluntas testantis, nec is credendus est in dubio onerare voluisse pupillum. Vid Cujac. 21. *Obser.* 25. Govean. *ad L.* 7. *de Vulg. n.* 4. Conna. 10. *Comm.* 8. *n.* 9 Duar. *ad tit. D. de Vulg. C.* 10. *& C.* 23. (ubi tamen excipit, nisi ex aliis verbis, vel conjecturis liqueat, testatorem voluisse ea causa fideicommissi valere, & nisi verbis communibus, id est nec directis, nec precariis, facta substitutio.) Matth. Gribald. *Lib.* 1. *de Rat. stud. C.* 5. Vend. 2. *Q.* 22 Chillet. *Lib.* 2. *de Jur. fideicom. C.* 19. Greg. 42. *Synt.* 22. *n.* 10. *&* 11. Bronch. 3. *Ass* 33. Vult. *in pr. Inst. de pupill. n.* 7. Borch *ibid* A. Fab. 15. *Conject.* 12. Vinc. Cabot. 2. *Disput.* 21. Aromæ. *ex Justin.* 8 *Th.* 13. Nec obsistit *d. L.* 76. Nam ibi sustinetur substitutio non tam præsumptione voluntatis, quam favore ipsius pupilli. Cujac. *d. C.* 25. & est specialis casus, quando substitutio fit alieno loco, ut in codicillis. Nec ad alios casus trahenda decisio, nitens benigna interpretatione A. Fab. *d. C.* 21. Nam certe non ea ratio, quæ suadet, valere substitutionem intra pubertatem, adest etiam pubere illo reddito. Illo enim casu, cum impubes testari nequeat, utile est pupillo hoc fideicommissum. Hoc vero onerosum, cum facultatem disponendi, & libere testandi de bonis restitutioni subjectis impediat, & coerceat. Vid. & de hac *Q* Vesq. *Lib.* 2. *de Success. progressu* §. 15. *n.* 26. Ant. Matthæe. *lib.* 2. *de via Jur. C.* 17. *n.* 14. *& seqq.* Non tamen ideo probo, quod Cabot. *d. C.* 21. tradit, nunquam verba directa ad fideicommissum trahi, nisi favor aliquis suadeat, libertatis *L.* 24. §. 10. *de fid. libert.* vel pupilli *d. L.* 76. Contrarium enim demonstrant alia exempla *hoc Cap* a nostro allata.

6) Si hoc modo valet jure fideicommissum, multo magis si rogat testator heredem, ut suæ (propriæ scilicet heredis) hereditatis partem aliquam Titio post mortem restituat. *L.* 114. §. 7. *de leg.* 1. A. Fab. 5 *Conject.* 18. intelligit in specie *d.* §. 7. per suam hereditatem, defuncti hereditatem, ea rationum dubiam esse dicit, quod verba quidem testantis intendere videantur, heredem rogatum fuisse, suam ipsius hereditatem restituere. Permissum autem fideicommissum de ipsius heredis rebus relinquere *L.* 67. §. 8. *de leg.* 2 *L.* 25. *C. de fideic.* Ratio decisionis, quia hereditas adita confunditur cum bonis heredis, ut cum heredis hereditatem dicimus, non minus hereditatem, quam accepit, quam cætera bona intelligamus. Et hic igitur interpretationem accipimus, quæ nec verbis omnino repugnat, & heredi est favorabilior. Ita Faber Cumque illi expositioni obstant verba, *rogatus esset*, quæ continent, hereditatem intelligi rogati, atque ita heredis, vim textui inferens, illis loco remotis, substituit verbum *rogasset*. At neque sic sequentia verba *& catenus, &c.* conveniunt, & pervertitur elegantissima ICti sententia. Sensus enim ejus est: Quemadmodum fideicommissum particulare de heredis rebus relinqui potest *supr. dd. ll.* ita & fidei ejus committi, ut hereditatis suæ propriæ partem restituat. Quæ enim in fideicommissis singularibus ratio rerum particularium, eadem in universalibus hereditatis, seu universi. Itque tanto minus absurdum debet videri, quo, & heres rogari possit, ut hereditatem tertii alicujus, puta Titii, quam non accepit a defuncto, restituat *L.* 17. §. 1. *ad Treb.* quod tamen ita intelligendum, ne, si plus sit in hereditate Titii, quam testatoris, cogatur, plus restituere, quam a testatore accepit, sed perinde uti in *h.* §. 7. valeat fideicommissum, quatenus hereditas testatoris patitur. Quare verissima est recepta lectio: *atque si rogatus esset* heres scilicet *de hereditate* non tota, sed quarta ejus parte, quam designaverat testator *sua*, id est propria. Vocula enim hæc reciproce est ad eumdem se referens, unde profecta. *Restituere.* Huic meæ explicationi belle conveniunt, immo eam exigunt, verba sequentia *quatenus hereditas testatoris patitur.* Id est ita quidem est restituenda quarta pars hereditatis propriæ, ut tamen per hoc ipsum non in plus gravatus intelligatur, quam honoratus est. Unde si quarta pars hereditatis propriæ tempora mortis excedat hereditatem defuncti, non plus restituetur, quam quantum a testatore acceperit, *secundum vulgarem formam juris*: id est, salvo ei etiam quadrante Trebellianico. In quorum verborum ultimorum acceptione catenus cum Fabro consentio, quod ea non ad initium §. *seq.* referenda sint, ceu vult. Accurs. *ibid.* quem sequitur Pac. 6. *Q.* 12. quodque de Trebellianica exaudiendi sint, sed hoc dico, per ea verba explicationem Fabri falsitatis convinci. Si namque *in specie d.* §. 7. heres rogatus est tantum quartam partem hereditatis defuncti restituere, quomodo evenire poterit, ut quadrantem Trebellianicum deducat, qui utique dodrantem salvum habet. Exemplo res lucida fiet: Pone, in testantis hereditate esse 600. Heredem in bonis habere 1200. Confusa hæc efficiunt 1800. Rogatus est heres, ut sunt verba *d.* §. 7. hereditatis suæ partem quartam post mortem restituere. Quæstionis est, an post mortem heredis, fideicommissi nomine sint restituenda 150. tanquam quarta pars hereditatis defuncti, an vero 450 tanquam quarta pars hereditatis propriæ. Illud ex sententia Fabri dicendum; hoc ex mea, qui receptam lectionem tueor. Ac quidem hic quadrantis deductioni locus non est, cum eam heres sine deductione (in utraque hypothesi) salvum habeat. In quadrantem enim omnia computantur, quæ judicio defuncti accepta *infr. C. ult.* Accepit autem heres 600. Nihil igitur ei juxta hypothesin meam, ad quadrantem deest; juxta hypothesin Fabri autem multa adhuc ultra quadrantem supersunt. At pone sic: In hereditate defuncti 600. Heredis bona 2400 Conjuncta utraque 3000 His si quarta pars præcise restituenda, videlicet 750. in amplius oneraretur heres, quam sibi ex testamento obvenisset. Quod cum ratio juris non patiatur, eatenus est fideicommissum hereditatis suæ restituendæ validum, *quatenus hereditas testatoris patitur*, id est usque ad 600. ita tamen ex illis 600. quoque detrahatur Trebellianica, proindeque restituantur 450. Quod si Fabri sententiam sequaris, tamquam casum dare poteris quo reperiatur vel gravatus ultra quam ei relictum, vel Trebellianicæ detractioni locus sit, nisi proponere velis, gravatum et restitutionem quartæ partis, nec nisi in quarta institutum fuisse. At si nec sic ideo sensum idoneum accommodabit verbis, *& catenus restitui ubi &c.* Neque ratio decidendi pro Fabri opinione commoda est. Non minus, inquit, intelligimus hereditatem, quam accepit a defuncto &c. *ut supr.* Recte Sed non inde probatur, solam hereditatem defuncti intelligi. Non hoc convenit verbis, nec sententiæ testatoris. Atque ita videtur.

Digitized by Google

eredit. as. C. de pact. con. Petitur amplius, sic testamentum faciat, ut justum instituat heredem. Utrumque adversus libertatem testandi, quæ cuique jure publico concessa est: quia liberum est testamentum facere, aut non facere: & cum facias, ibi heredes, quos velis, instituere, aut non instituere. Hanc facultatem cuiquam adimi iniquum, & turpe putatur: usque adeo, ut nec facto effici possit, quo cuiquam hæc auferatur. *L. ex facto, in princ. D. de vulg. L. pactum quod dotali. C. de pact.* Et jus quidem ita est, si intra formam his verbis comprehensam consistimus. Sin ex verbis spectamus, quod testator voluit, verba ostendent, testatorem voluisse, ut hereditas heredis sui ad Titium perveniret: atque una cum ea hereditate etiam perveniret sua ipsius; quoniam in hereditate heredis contineatur hereditas testatoris. *L. ult. C. de hered. instit.* Directo id quidem utrumque. Sed tamen ad Titium utramque hereditatem pervenire voluit. Satis est hoc intelligi, ut, si potest pervenire utraque directo, perveniat. Sin una dumtaxat, testatoris: hæc saltem perveniat. Et si non potest directo, perveniat, quomodo recte potest: nempe per fideicommissum. Et hoc rursum ita acceptum est. Itaque heres testatoris instituet, quos volet heredes alios, & instituti heredes erunt. Sed & illi intelliguntur rogati esse, ut hereditatem testatoris Titio restituant. *d. L. ex facto ad Treb.*

XII. Tertia species superiori finitima est, cum testator mandat alicui heredi suo, ne testamentum faciat. Quæ species est *L. qui filium. 74. in pr. D. ad Treb.* Hoc qui mandat testator, æque inutiliter cavet, ut superius. Quin plane his verbis libertatem testandi in totum aufert: quod jure fieri non posse diximus. Sed tamen hoc præcepto, quibus de hereditate sua consultum voluerit, satis intelligitur ab effectis. Quid enim futurum erit, si heres testamentum non faciat? ut scilicet decedat intestatus, atque ita hereditas ejus pertineat ad heredes legitimos. Ita testator mandans, ne filia sua testamentum faciat, hoc cavere intelligitur, ut si fratrem unicum habet ab intestato heredem, patiatur hereditatem suam lege ad eum pervenire, atque ita directo. Et si hoc directo inutiliter: tamen sententia testatoris cognita, ut hereditas sua perveniat ad legitimum heredem filiæ, satis asse.visum est, ut ex ea scriptura, quæ directo non valet, saltem fideicommissum deberetur: quasi rogasset filiam hereditatem suam restituere. Idque ita receptum in *d. L. qui filium ad Treb.*

XIII. Quarta, & postrema species directi relicti, & ejusdem inutilis, quæ similiter fideicommissum recipiat, hæc admissa est, cum testator posteriore testamento facto, prius suum rupit, in quo forte instituerat Primum, & Secundum heredes, ac posteriore cavet, ut prius testamentum valeat. De qua specie est in *L. si quis priore. 29. D. ad Treb.* His verbis cavere intelligitur testator, ut heredes priore testamento scripti pro heredibus recte institutis habeantur; atque ita hereditas ad eos directo perveniat. Hoc enim futurum erat, si id testamentum valeret. Inutiliter & hoc cavetur: quia testamentum, ut nuda voluntate non constituitur ab initio, *§. ult. Inst. quib. mo. test. inf.* sic semel irritum factum, aut infirmatum, nuda voluntate non confirmatur. *L. pen. §. ult. D. de bo. pos. sec. tab.* Sed quoniam intellectum est his verbis, testatoris voluntatem hanc esse, ut hereditas sua ad illos heredes perveniat solos, uti futurum erat, si prius testamentum integrum mansisset: recte placuit, quoniam directo pervenire non potest, ut perveniat jure fideicommissi. Atque ita intelliguntur quidem heredes posteriore testamento scripti, soli esse heredes: rogati tamen, ut restituant hereditatem Primo, & Secundo priore testamento scriptis heredibus. Hoc in *d. L. si quis priore, ad Treb.*

XIV. Invento fideicommisso quod initio fuerit, & constiterit (quod ex his, quæ diximus, deprehenditur) nondum satis ad justam delationem, nisi hoc etiam accesserit, ut relictum ad extremum perseveraret. Potest enim, ut dixi infirmari. Infirmatum non magis valet, quam si ab initio relictum non esset. Quare hic etiam inducitur illa quæstio quibus modis fideicommissum infirmetur: ut, his cognitis, tum exploratum fiat, exciderit ne fideicommissum, quia unus aliquis ex his modis inciderit; an vero, nullo ex his interveniente, perseveret, sitque hoc modo vere delatum. Et cum in hac quoque parte omnia sint fideicommisso hereditatis cum legatis, & fideicommissis rerum singularum [7] communia, etiam hæc ipsa in locum communem rejiciemus, dicturi quod huc

[7] Non absolute omnia. Nam repudiatione heredis scripti fit, ut fideicommissa singularia non debeantur; nec potest heres compelli, ut adeat, quo legata, & fideicommissa præstari possint: uti hic. Vid. *C.* 21 *& seq.* Quando substitutio fideicommissaria exspiret. Vid. Ang. Matthæ. *Lib.* 2. *de via Jur. Ca.* 19. ubi plures modos refert.

huc pertineat in argumento de Legatis, libro sequenti. Interim hnc constitui volumus, dum utrumque in fideicommisso concurret, ut & recte cœperit eb initio, & cœptum non proponatur suis illis mndis postea infirmatum esse; tum id fideicommissum fieri, quod vere delatum possimus dicere, nihil ut desit ed justam delationem. Dum modo sciamus, *delatum* hic peulo generalius dicere nos, quidquid quovis mndo defertur voluntate testatoris ita, ut vel certo ecquiri possit in præsentia, quelie sunt, quæ pure relinquuntur; vel spes sit postea ea obtinendi: qualia sunt, quæ in diem relinquuntur, & sub conditione. Nam & quæ in diem sunt, certum est debitum iri: & conditionalia relicta, conditione exsistente, perinde habentur, quasi pure relicta essent. *L. si pupillus. D. de cond. inst.* Tametsi proprie, præsenti statu inspecto, non dicatur quidquam pendente conditione, eut ente diem deferri, quia tum nondum ecquiri potest. *L. si ita*, 25. §. 1. *de leg.* 1.

De codicillis.

CAP. XVIII.

Quid sint: Quid a testamento differant. Nullam scripturam, quæ pro testamento parabatur, si, ut testamentum valere non possit, valere jure codicillorum: nisi testator, ut eo quoque jure valeret, velle se ostenderit. Hæc voluntas quibus ex rebus deprehendatur. Codicillorum species duas, scriptos, & non scriptos, qui fiunt per nuncupationem.

Propositum Auctoris. I.

Duo esse genera supremæ testationis testamentum, & codicillos. II.

Horum definitio. Et quid proprium, quid commune habeant cum testamento. III.

Eos esse testationem imperfectam cum a rebus, tum a solemnibus. IV. V.

Quæ scriptura ad testamentum faciendum parabatur, ea, si, ut testamentum, non valuit, nec codicillos facit VI.

Utrum ea ad testamentum parata esset, intelligitur partim ex verbis, partim ex re, quæ illa continetur. VII.

Ea scriptura, quæ pro testamento parabatur, valet jure codicillorum, si ita se velle testator caverit. VIII.

Hæc voluntas quibus ex rebus deprehendatur. IX.

Hæres testamento imperfecto institutus, si cœperit de hereditate agere tanquam ex testamento, eum codicillaris clausulæ beneficio non uti. X.

Exceptio. XI.

Ut sint codicilli, animo testantis constare. XII.

Eorum duæ species, scripti, & non scripti. XIII.

Voluntatem non scriptam non minus, quam scriptam codicillos esse. Id intelligi, quo spectet. XIV.

I. DElatione fideicommissi constituta, exigebat ordo institutus, ut de delati acquisitione subjiceremus, nisi iis, quæ de hoc genere delationis diximus, aliquid deesset, quod in hunc locum rejecimus. Meminerimus enim, cum quæritur de hereditate per fideicommissum jure deferenda, inter cætere supra dicere nos, etiam in eo genus, & ritum testationis spectari. Ab hoc hereditatem per fideicommissum relinqui posse non tantum testamento, ut solent directæ hereditates, aed etiem codicillis. Qui locus postulebat, ut cognosceretur, quelis esset hæc testatio, & quo jure haberetur. Sed visum est, ut dixi, separetim de eo agere: quod nunc facimus. Primum ne cum res egeret pluribus vobis, interrumperetur longius cæpta disputatio de jure earum rerum, quæ ad deferendam ex fideicommisso hereditatem valent. Deinde quie conducebat hunc ipsum tractatum per se separatim exstare, qui non ad fideicommissam tantum hereditatem, sed ad omnia in universum fideicommissa, & relicta etiam singularum rerum pertineret. Ita enim facilius futurum, ut eb hoc genere fideicommissariæ hereditatis, per cujus occasionem nunc de his dicitur, ad omnia relicta oratio transferretur. Postremo visum agere hoc loco: quie de hereditate ex fideicommisso recte deferende nunc tractamus:

cujus

cujus delationis pars est recta codicillorum institutio, si quis his fideicommissum relinquere velit potius, quam testamento.

II. Duo sunt genera testationis supremæ jure civili cognita, & sola, quibus quid voluntate defuncti recte relinqui potest: testamentum, & codicilli, ut iudicant *L. generali C. de sac. eccles. L. ult. C. de bon. lib.* Neque in quæstione supremarum voluntatum, quæ explicatur libro secundo Institutionum, item in Digestis, & Codice plura genera notantur titulis ad ea genera accomodatis. De testamento, quid esset, & quibus rebus efficeretur justum, supra, quod satis est, diximus. De codicillis nunc quæritur, ac quid sint, deque vi, & jure eorum cognoscendum.

III. [1] Codicilli sunt, voluntatis supremæ imperfecta testatio de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, non in hoc parata, ut esset testamentum. Voluntatem esse, seu voluntatis testationem de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, declaratur *Tit. Institutionum de cod. in princ.* ubi traditur, in hunc unum primum codicillos esse inventos. Hoc cum testamentis commune. *L. 1. D. qui test. fac. poss.* Illud proprium codicillorum, quod sunt imperfecta testatio. Imperfecta tum a rebus, de quibus illic cavetur, tum a solemnibus. A rebus; quod nulli codicilli sunt, aut esse possunt de rebus defuncti omnibus. Nam cum hereditas sola sit successio in universum jus defuncti. *L. hereditas. D. de reg. jur.* necesse est, ubi instituitur heres, ibi plenam voluntatem esse de omnibus rebus defuncti; ubi autem non instituitur, ibi plenam de rebus omnibus voluntatem non esse. Et quidem testamento recte instituitur heres: atque adeo sine heredis institutione nullum est testamentum. *§. ante. Inst. de cod. L. 1. in fi. D. de vulg.* Eo & testamentum plenam perfectamque voluntatem de jure universo defuncti continet. At codicillis heres institui non potest, ut postea dicetur. *§. codicillis. Instit. eod.*

IV. Imperfecta igitur hæc a rebus testatio, quæ de rebus defuncti omnibus non statuit. Nihil ad rem pertinet, quod codicillis hereditas saltem per fideicommissum relinqui potest. *L. 2. C. de cod.* Hoc enim significat, totam utiliter relinqui non posse: quoniam jure publico semper quarta jure falcidiæ apud heredem manere debet. Hocque interest, utrum hereditas quasi hereditas confirmetur codicillis, an petatur ex fideicommisso. *L. 2. in fi. D. de jur. cod. L. coheredi, §. cum filiæ, D. de vulg.*

V. Imperfecta est testatio a solemnibus, quod non ut testamentum certis solemnibus peragitur; *§. sed cum paulatim Inst. de test. ord. L. hac consultissima, in pr. C. eod.* ita & codicilli. Quinimmo, ut scriptum est in *§. ult. Inst. de cod.* codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant, quod quomodo accipiendum sit, dicetur amplius postea in ordinatione codicillorum.

VI. Sed non quæcumque voluntas est imperfecta de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, continuo sunt codicilli. Addendum est, dum in hoc non sit voluntas parata, ut esset testamentum. Quæ scriptura ad testamentum faciendum parabatur, si, ut testamentum non valuit, quia jure perfectum non est, ea nec codicillos faciet. Ideoque quod iu illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis potuerit valere, si testator vellet, tamen non debebitur. *L. ex ea. D. qui test. fac. pos. L. coheredi, §. cum filiæ. ver. quæ ita. D. de vulg. L. 1. D. de jur. cod. L. ult. §. illud C. de cod.* Quippe, ut codicilli fiant, destinatione defuncti constat. Non [2] videtur autem, voluisse facere codicillos qui testamentum facere voluit; quoniam res diversæ sunt, ac prope contrariæ, testamentum, & codicilli. *L. si idem. C. de testa.*

VII. Utrum scriptura, seu testatio ad testamentum parata sit intelligitur partim ex verbis, partim ex re, quæ scriptura continetur. Ex verbis; si testator, ut fieri solet, initio testamenti, aut in fine dicat, hanc voluntatem esse testamentum suum, seu quam pro testamento suo haberi velit. Ex re scripturæ si testator nihil aperte testatus de testamento, aut codicillis, ea tamen cavit, quæ ad universi juris testationem pertinent, & sunt propria solius testamenti; Veluti, si Titium heredem

1) Cujac. 2. *ad Africon. in explic. L. 14. D. h. t.* (quam ibi propter *L. seq.* 15. exponit, cum alias non Africani, sed S ævole sit) sic definit. Codicillus (reperitur in numero unitatis, *L. non codicillum 14. D. de testam.*) est intestati voluntas, vel testamenti sequela minus solemnis. *Idem in Par. h. t.* Codicilli sunt testati vel intestati voluntas, minus solemnis. P. Greg. 43. *Synt.* 1. *n.* 3. addit definitioni testamenti, quæ in *L. 1. de Testam.* verba hæc *sine heredis institutione directa.* In quo consistere vult differentiam testamenti, & codicillorum &c. Harmenop. *Lib. 5. Tit. 7.* definit; defi ientis in testamento voluntatis testatoris supplementum; ref. Forner. 2. *Select.* 9.

2) Hinc Cludes. *Lib. 3. de Ju. fideic. C.* 1. & 3. refert DD. qui clausulas codicillares, alias expressas, alias tacitas esse contendunt, cum tamen in *d. L.* 41. §. 3. dicatur, codicillos non facit, nisi hoc *expressum*, & qui tribus casibus clausulam codicillarem testamento inesse putant.

Digitized by Google

dem esse jussit; ab eo, legata reliquit; si substitutum adscripsit. *L. illud*, §. 1. *D. de jur. cod.*

VIII. Sed quoniam ne hæc scriptura codicillos faciat, ex voluntate defuncti pendet: eo fit, ut placeat hactenus eam pro codicillis non haberi, si non cavit testator, ut pro [3] codicillis valeret. Quod si caverit, etiam tum vim codicillorum habituram, si pro testamento non valebit. *d. L. coheredi*, §. *cum filiæ de vulg. L. ex ea scriptura, qui test. fac. pos. L. ult.* §. 1. *C. de cod.* Eaque cautio est, quæ vulgo ab interpretibus ex re dicitur [4] clausula codicillaris: quia adjecta, codicillos faciat, qui alioqui codicilli futuri non essent.

IX. Varie autem id cavere testator intelligitur. Alias ut nominatim dicat, velle se, ut ea scriptura etiam vim codicillorum habeat, ut exprimitur in *d. L. ult.* §. 1. *C. de cod.* alias ut jubeat ratum esse, quacumque ratione, & [5] quam optime potest, ut est in *d. L. ex ea, qui test. fac. pos.* alias etiam hoc modo, qui plusculum dubitationis habet, si testator, testamento quibusdam institutis, velit, hereditatem suam Titio restitui ab omnibus heredibus suis etiam iis, qui ab intestato succedant. Placuit, in hac specie heredibus institutis repudiantibus, atque ita destituto testamento, nihilominus fideicommissum valere, & deberi ab heredibus legitimis. Quæ sententia est [6] *L. eam quam C. de fid.* Non utique ex testamento, quod nullum est, ubi res defertur ab intestato legitimis heredibus. *L. quandiu potest, D. de acq. her.* Tanquam ex codicillis igitur, quando aliter deberi non possit, nisi ex testamento, aut codicillis. *d. L. ex ea qui test. fac. pos.* Unde ergo de codicillis cavisse testator intelligitur, cum scriptura ad testamentum parata non possit pro codicillis valere, nisi testator id expresserit? Satis vero intelligitur id cavisse, cum hereditatem etiam ab heredibus legitimis restitui voluit: quando aliter non potest ab his deberi, nisi prius scriptura etiam pro codicillis valeat. Qui vult, quod est consequens, vult etiam, quod antecedit: vel potius qui vult aliquid, etiam omnia alia velle intelligitur, sine quibus ad illud perveniri non potest. *L. illud. D. de acq. her. L. 2. D. de juris. om. jud.*

X. Non continuo tamen, si testator testamentum quod instituerat, voluerit quoque codicillorum vim habere, etiam habebit. De voluntate testatoris semper potest habere. Sed quod testator hac cautione concedebat, interdum heres male eligendo sibi adimit. Quo loco sic constitutum a Theodosio est in *L. ult. C. de cod.* ut si quis heres sit testamento imperfecto institutus, ad quem eumdem potuerit per fideicommissum ex eadem scriptura hereditas pervenire, quia testator caverat, ut testamentum etiam jure codicillorum valeret: si is heres ita cœperit de hereditate agere quovis modo, ut ostenderet, se velle eam ad se tanquam ex testamento pertinere, dum aut utitur petitione hereditatis, aut petit bonorum possessionem secundum tabulas, aut postulat se mitti in possessionem ex testamento; deinceps ad fideicommissi persecutionem pervenire tanquam ex codicillis non possit: quasi unius electione alterius aditum sibi præcluserit.

XI. Addita est exceptio in *d. L. ult.* §. *si quis vero.* Præterquam si is, qui ex testamento hereditatem appetebat, etiam ab intestato eam obtinere potuerit.

XII.

3) *L.* 11. *C. de testam. mon.* vice codicillorum *L.* 3. *D. de test. mil.* quasi codicillos *L.* 1. *h. t.* instar codicillorum *L.* 13. §. 1. *h. t.* & aliis formulis *d. L. pen. in fi. de leg.* 2. *L.* 9 *de leg.* 3. Chiflet. *Lib.* 3 de *I. fideic. C.* 1.

4) Quæ omnibus casibus, quibus destitui potest testamentum jure civili vel prætorio occurrit. Chiflet. *Lib.* 3. de *I. fideic. C.* 1. qui ejus clausulæ effectus pluribus persequitur *C.* 4. & *seqq.* Hojo. 8. *Obs.* 1. putat, clausulam codicillarem fideicommissi onus imponere legitimo in testamento, non jure, facto autem in rupto agnatione postumi. 1. Quia nondum nato tempore testamenti postumo, non potuit dicere testator. Si non valet ut testamentum &c. 2. Non credibile est, patrem velle hereditate privare filium. 3. arg. *L.* 10. *C. de test. mil. junct. L.* 3 *D. cod.* Neque in inofficioso, quia id, inquit, avertitur tanquam a furioso factum, qui non magis codicillari quam testari potest. Vid. & de clausula codicillari. Gaill. 2. *Obs.* 114. Simon de Prætis *Lib.* 2. *de Interpr. ult. volunt. Interpr.* 1. *Dubit.* 1. *Solut.* 10. & 11. & Vasq. *Lib.* 3 *de Success. progressu* §. 30. n. 37. & *seqq.* Jo. Dauth. *de Testam.* n. 363. & *seqq.* A. Fab. 20. *de Err. Prag.* 5. & *seqq.* & 71. *Err. Prag.* 1. 2. 3. Cæterum quia hodie ea ex consuetudine magis, ac stylo notariorum, adponi solet, quam ex scientia, ex casu merito nec effectum habere debet. Hot. 8. *Obs.* 1. in *fi.* Vult. in §. *possunt* 5. & *seqq. I. de Test.* n. 37. Chiflet. *Lib.* 3. *de Jur. fideic.* A. Fab. 36. *C.* 1. ubi Curtium reprehendit, qui in *L.* 8. *C. de impub. subst.* voluit, hodie semper adjectam censeri hanc clausulam, ne notarii oscitantia damnosa sit, quod & vult Cujac. 8. *ad Afric. ad L.* 61. §. 8. *de furt.* & refellit A. Fab. 36. *Err. Pragm.* 1. Non enim hac notarii consuetudo, sed voluntas defuncti attendenda, eaque servanda est. Vid. & Matthæus. *Epil. legal. Lib.* 1. *C.* 20. Vaud 1. *Q.* 27.

5) ἐπὶ πάσης ἐξουσίας *d. L.* 29. §. 1. Cum quo convenit communis clausula; Omni meliore modo &c. cujus ideo eadem vis, quæ codicillaris, Chiflet. *Lib.* 3. *de Jur. fideic. C.* 14. per *d. L.* 29. & *L.* 12. §. 1. *in ver. omnimodo, de inj. rupt.* non autem major, ut & institutionem omissam suppleat, seu quidam Baldum sequuti *in L. quoties C. de her. inst.* n. 3. vid. & A. Fab. 69. *de Err. Pragm.* 8. & 10.

6) Cujus species obscura admodum, & intricata. Vid. Goveau. 1. *Var. lect.* 1. ubi *n.* 10. dicit, relictum illic valere non jure testamenti, quia dicitur intestatus defunctus, sed peti tanquam ex codicillis. Atque ita peti posse contendit idem, non tantum cum aperte rogantur legitimi, ut in *L. Titia* 13. *D. de inoff. test.* sed & cum simpliciter quis dixit: volo, si is, quem heredem scripsi, e vivis decedat, hereditatem meam restitui, &c. Vid. & Duar. 2. *Disp.* 5. Vacon. 4. *Declar.* 58. Fachin. 6. *Contr.* 57. Marc. Lyclama *Lib.* 1. *Membra ecloga* 1.

XII. Summa hæc est hujus partis: ut codicilli sint, animo testantis constare. Sic igitur supremam scripturam, aut voluntatem omnem imperfectam codicillos esse, si quis codicillos esse voluerit. Id ita intelligi, si aut nominatim dixerit, se codicillos instituere; aut cum testamentum pararet, declararit vel verbis, vel quovis alio indicio voluntatis velle se, si opus sit, ut scriptura pro codicillis valeat. Hoc intellecto, valere tanquam codicillos: nisi heres electione testamenti a jure codicillorum recesserit, quo modo diximus.

XIII. Codicillorum, ut testamenti, si formam spectes, species 7 duæ. Nam & scripto fiunt, & sine scripto: ut sint quidem scripti, cum voluntas scribitur; quidam nam scripti, cum voluntas coram testibus verbis nuncupatur. Exstat hæc distinctio in *d. L. ult. C. de bo. lib. d. L. generali. C. de sac. eccl.* Proprie quidem non sunt codicilli, nisi scriptura, seu materis scripto eam voluntatem, quam dixi, continens. Tales enim ab initio fuerunt codicilli, ut declaratur *Tit. Inst. de cod. in pr.* Neque verbum aliud significat, si originem spectamus. Dicti enim sunt codicilli per [8] deminutionem a *codice*: ut sint parvus, & exiguus codex. Ut igitur latinis non est codex, nisi scriptus; ita nec codicilli, nisi scripti. Atque hinc ita explicatur hoc verbum in *L. ult. C. quem test. ap.* Ut codicilli dicantur esse scriptura quolibet tenore formata. Sed obtinuit, ut dixi, ut nuncupata imperfecta voluntas etiam codicilli vocentur, propter similitudinem.

XIV. Illud quidem constare debet, non minus hic voluntatem sine scripto declaratam valere, quam scriptam. *d. L. generali. C. de sac. eccl. L. ult. §. ult. C. de cod. L. & in epistola C. de fid. L. & sine, C. ad Treb.* Sed non minus & hoc tenendum est, voluntatem istam 9 non scriptam codicillos esse, certe codicillorum verbo contineri. *d. L. ult. C. de bo. lib. d. L. generali. C. de sac. eccl.* Id intelligi eo spectat, ut sicubi legemus codicillos confirmari, statim occurrat, hoc ad utramque istam voluntatem pertinere. Item eo, ut cum legimus, nihil deferri, aut relinqui posse suprema voluntate, nisi testamento, aut codicillis: sciamus, non esse contrarium, quod aliis locis traditur, etiam sine scriptura, atque adeo nutu fideicommissa relinqui posse; & quidem etiam hereditatem per fideicommissum. *d. L. in epistola. C. de fid. L. nutu. D. de leg. 3. d. L. & sine, C. ad Treb.* Nam & non scripta imperfecta voluntatis testatio codicilli sunt, ut superior diversio ostendit. Sed & hæc cognitio ad hoc expediendum conducet. Nam in *d. L. ult. §. ult. C. de cod.* scriptum est, in omni ultima voluntate, excepto testamento, faciendum esse, quod illic præcipitur; quo significatur, præter testamentum, non unam formam esse ultimæ voluntatis, sed plures. Atqui prius duo hæc genera tantum statuimus, testamentum, & codicillos. Recte utrumque. Præter testamentum genus testationis, & voluntatis supremæ unum tantum est, codicilli. Sed ejus generis species plures, codicilli scripti, & non scripti. Ac de his sentire Theodosium in *d. L. ult. §. ult. de cod.* declarant illa verba, quæ velut explicationis loco subjiciuntur, *sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur.*

CAP.

7) Ita & P. Greg. 43. *Synt.* 1. n. 4. Dion. Vasq. *Lib. 3. de Success. progressu* §. 30. n. 11. non aptius has duas species dici scribens, quam si quis dicat contractus mandati, commodati, emptionis, &c. in duas species distingui, ut alii fiant scripturæ interventu, alii sine ea; quia, inquit, utrobique scriptura non ad solemnitatem, & substantiam, sed probationem exigitur.

8) Codicilli dicuntur, quasi parva testamenta. Quia testamentum codex vocatur Juvenali *Satyr.* 10.

. . . . *Nam codice saevo.*
Heredes vetat esse suos. . . . . . .

Et heredes dicuntur in codicibus scripti *L.* 1. §. 6. *D. Secund. tab.* Forner. 2. *Select.* 9. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 25. De codicum duobus generibus, &c. vid. Hotom. 4. *Obs.* 1.

9) Quare epistola illa, quæ speciem ultimæ voluntatis constituit ut in *d. L.* 22. non in effectu tantum convenit, aut parum distat, ut Goth. in *d. L.* 22. sed nihil omnino differt a codicillis scriptis. Dissent. post alios Joan. Daoth. *de Testam. n.* 112. & Ant. Fab. 68. *Error. Pragm.* 9. volens, Codicillos per nuncupationem ante constitutionem Theodosii *L. ult. Cod. hoc tit.* incognitos fuisse.

CAP. XIX.

De jure codicillorum: quod versatur in confectione justa codicillorum, quam nullus casus postea infirmarit; tum in rebus quæ codicillis relinqui possunt. In his, qui codicillos facere possint: Quæ in conficiendis juris observatio; Recte factos contraria voluntate etiam nuda infirmari, & hac sola principaliter; sine voluntate autem infirmari per consequentiam infirmati testamenti, quod quandoque valuerit eodem tempore, quo codicilli. Legata hodie etiam codicillis relinqui posse: hereditatem ne nunc quidem directo his dari, aut adimi posse; & cur utrumque.

Vis omnis codicillorum partim posita in eo, ut jure valeant, partim in conditione relicti. I.
Eos valere si ab initio recte fiant, nec infirmentur. II.
Ut recte fiant duabus rebus continetur. III.
Ille facere potest codicillos, qui & testamentum. IV.
Sufficere, ut codicilli fiant coram quinque testibus simul adhibitis, & ut ab iis, si scripti sint, subnotentur. V.
Adhibiti *testes qui intelligantur.* VI.
Subnotare *codicillos quid sit.* VII.
Quatenus verum sit quod dicitur, nullam codicilli desiderare solemnitatem. VIII.
Quo modo accipienda constitutio Theodosii de Codicillis ordinandis. IX.
Potest & qui testamentum non fecit codicillari. X.
Ex facto testamento Codicilli postea scripti vires capiunt. XI.
Uti & prius scripti ex testamento sequuto XII.
Infirmantur aut per se, aut alieno casu. XIII.
Per se contraria, eaque nuda defuncti voluntate quomodocunque declarata. XIV. XV.
Ut voluntate defuncti confirmantur codicilli, ita sine voluntate nullo modo quicunque casus inciderit. XVI. seqq.
Si testator simul & testamentum, & codicillos facit, illo postea infirmato, & hi sive ante, sive post illud facti concidunt. XXI. XXII.
Quid si codicilli facti cum testamentum jam ruptum esset. XXII.
Relinqui omnia codicillis possunt una excepta hereditate. XXIII.
Exceptionis hujus rationes afferuntur. XXIV. XXV.
Hereditas codicillis dari non potest directo, non autem per fideicommissum. XXVI.
Quid intersit utro ex his modis relinquatur. XXVII.
Hereditas codicillis neque adimi, nec heredi instituto conditio vel adjici, vel detrahi potest. XXVIII.

I. JUs, atque usus codicillorum ita est, ut quod relinquitur codicillis, non minus valeat, & debeatur, quam si testamento maxime justo relictum esset. *Inst. de cod. in princ.* Verum hoc non simpliciter, sed his conditionibus duabus: si codicilli jure valent, & quæ codicillis relicta sunt, ejusmodi sint, ut ea codicillorum natura recipiat. Itaque ad jus codicillorum duo hæc cognoscenda sunt, in quibus vis eorum sita est: confectio justa codicillorum, qua fiat, ut valeant, & conditio earum rerum, quæ hic relinquuntur.

II. Valent codicilli, si & ab initio recte facti sint; & recte facti eventu non infirmentur.

III. Ut ab initio recte fiant, duabus his rebus continetur: persona testantis, & observationibus iis, quæ hic nonnullæ desiderantur.

IV. Persona facientis sic habet. Codicillos is demum facere potest, qui a) & testamentum facere potest; seu qui jure testamenti factionem habet. *L. Divi. §. pen. L. conficiuntur. §. 1. D. de jur. cod.* Itaque quibus temporibus non potest quis testamentum facere, iisdem si codi-

a) Quid statutum vetet minorem testari, an codicillari vetitus quoque censetur? Aff. Duar. ad *L. 2. de leg. in fin.* Negat per multas rationes Vas. *Lib. 3. de Succ. progressu* §. 30. n. 32.

codicillos faciat, non valebunt; & contra. *L. Aristo. D. de jur. cod.* usque adeo, ut si paterfamilias cum testamentum fecisset, postea se arrogandum dederit, atque ibi fecerit codicillos, nihil ex codicillis debeatur; quamvis idem postea sui juris factus decedat, ac jure prætorio convalescat testamentum. Nam nec testamentum per id tempus factum valeret, quocumque statu postea testator decederit. *L. qui in aliena. L. si filiusfamilias. D. qui test. fac. poss.* At traditum est in [2] *L. conficiuntur*, 8. §. *si post. D. de jur. cod.* istos ipsos codicillos per id tempus factos valere. Sed traditum hac lege, dum testator, cum adhuc sui juris esset, eos codicillos futuros confirmaverit. Quod cum fit, codicilli postea facti sic accipi debent, quasi tum facti essent, cum sunt confirmati. Vel potius quasi codicillis confirmantibus continerentur. *arg. in L. asse. D. de her. inst. L. institutio. D. de cond. inst.* Quare hac ipsa adjectione declaratur, sine ista confirmatione præcedente codicillos tempore arrogationis factos inutiles futuros, uti & testamentum. Qui possint facere testamentum, ex iis quæ de testamentis superiore libro diximus, petendum est.

V. Observationes in codicillis ordinandis etiam quædam sunt præscriptæ constitutione Theodosii in *d. L. ult.* §. *ult. C. de cod.* Summa: ut declaret testator anos hos codicillos esse coram [3] quinque testibus, si quidem codicilli scripti sunt; si sine scripto res geritur, ut coram his voluntatem nuncupet; ut iidem sint adhibiti; ut adhibiti eodem tempore, seu simul: ut si codicilli scripti sunt,[4] subnotationem testium habeant.

VI. Adhibiti testes intelliguntur, qui rogati sunt, ut ad codicillos adsint, ut declaratur in *L. heredes* §. *penult. D. qui test. fac. poss.* Atqui lex superior Theodosii, quæ adhibitos testes exigit, initio sufficere ait testes vel rogatos, vel qui fortuito venerint. Quod nihil aliud est, quam eodem loco & rogatos testes exigere, & rursum negare rogatos esse oportere. An non igitur aperte hæc contraria? Plane, si quidem ad unum tempus referrentur. Sed ad diversa relata recte dicuntur: estque legis sententia de adhibendis hic testibus prope eadem, quæ in testibus testamentariis exponitur in *d. L. heredes.* §. *pen. qui test. fac. poss.* Ab initio non necesse est, accersiri testes, & rogari, quo veniant ad cognoscendam vel defuncti voluntatem. Rogati, an fortuito venerint in eum locum, ubi codicilli fiunt, nihil interest; sed cum fortuito, aut alterius rei caussa venerint, hoc exigitur, ut ante testimonium moneantur, se adhiberi ad codicillos, quod & ipsum rogari est.

VII. *Subnotare* codicillos est proprio chirographo annotare, quis, & cujus codicillis testis adfuerit *L. pen. D. qui test. fac. pos.*

VIII. Hæc declarant codicillos non omnino esse sine solemnibus ordinationis. Qui igitur hoc convenit cum eo, quod scriptum est in §. *ult. Inst. de cod.* codicillos nullam solemnitatem ordinationis desiderare? Scriptum hoc est nimirum ab auctore aut Cajo, aut Ulpiano, aut si quis est alius veterum, cujus ex Institutionibus Institutiones Justiniani magna ex parte compositæ sunt; scriptum, inquam, ante superiorem constitutionem Theodosii, quo tempore verum fuit, codicillos nullam omnino ordinationis solemnitatem requirere. Nunc post constitutionem, quæ istud quidquid est, solemnitatis induxit, si id agere volumus, ne pugnet cum constitutione (quæ voluntas Justiniani est, cum Institutiones compositæ sint edito jam Codice primo Justiniani, ut ipse testis est in §. 1. & seq. in proœ. *Inst.*) sic illud dictum Institutionum accipiemus, ut codicilli [5] nullam desiderent solemnitatem plenam, & perfectam, qualis desideratur in testamentis: idque non tantum in universum; sed nullam plane in singulis hujus solemnitatis partibus. Id quod ex singulis licet perspicere. Versatur enim solemnitas omnis externa testamenti in numero testium;

2) A. Fab. in. *Conj.* 20. adscribit vers. *sed dicemus d. L.* 8. §. 3. Triboniano, quod & decisio inepta sit, & similitudo a postuma ducta absurda. Cui accedere non convenit. Sed neque noster tamen rem plene expedit. Utut enim dicamus, haberi codicillos ac si facti essent ante arrogationem, tamen quia ex testamento penderent, eo per arrogationem irrito reddito, codicilli quoque conciderent. Quid dicemus? Nimirum sicuti testamentum convalescit jure prætorio, dissoluta arrogatione, vid. *Lib. 6. C. 16. N. 36.* ita & codicilli hi uti ejusdem appendix, & sequela. Atque dicuntur simpliciter valere *d.* §. 3. Resp. Sed & testamentum ibidem valere asseritur, quod tamen de jure prætorio intelligendum est.

3) Quibus casibus pauciores testes sufficiant vid. Vasq. *Lib. 3. de Success. progressu* §. 30. *n.* 27. *& seqq.* qui & *in prioribus* nec rogationem requiri, peregrinos, surdos, cæcos admitti tradit, &c. *n.* 18. etiam impuberes, quod vix admittendum erit.

4) Male igitur, & contra *d.* §. *ultim.* Vasq. *d.* 30. *n.* 6. non requiri testium subscriptiones, sed probari posse codicillorum tenorem, licet in scriptis fiant, per testium depositionem.

5) Cujac. *n. ad Afric. in L. 14. hoc. tit.* Nulla hic, inquit, formulæ, nullus certus ordo, verba, libripens, emptor familiæ, &c. Testes autem non ponendi in solemnibus; alioquin omnes actus testium adhibitio faceret solemnes. Et Vasq. *d.* §. 30. *n.* 4. 5. *&* 6. non ad formam requirit testes, quæ codicillorum nulla sit, sed ad probationem.

testium; in testium conditione; & in horum contestatione. Numero septem esse debent in testamento; in codicillis sufficiunt quinque. Conditione [6] mulier ad testamentum testis adhiberi non potest; ad codicillos non prohibetur. *L. qui testamento. §. mulier. D. qui test. fac. pos.* Attestatio testium in testamento duas res conjunctas desiderat, subscriptionem testium, & obsignationem; codicilli nihil nisi subnotationem: idest subscriptionem sine obsignatione. Ita apparet, nusquam in his partibus plenam, & perfectam solemnitatem testamenti desiderari. Quod si res voluntate comprehensas quasdam in solemnibus testamenti numeramus ut institutionem heredis: jam vere, & sine hæsitatione dicturi sumus, codicillos ab hac parte nullam desiderare solemnitatem. Quidquid enim ex rebus ad testamentum necessariis in codicillis omissum est, nihilominus codicilli valent.

IX. Sed ut reliquam solemnitatem testamentorum codicilli non desiderant: ita saltem hoc relinquitur, ut observentur, quæ constitutio Theodosii exigit. Quod tamen sic accipiendum erit, nisi [7] testator testamento recte facto jusserit omnia valere, quæ codicillis vel scripsit, vel scribet postea. Tum enim codicillis relicta perinde haberi debent, quasi testamento essent relicta. *L. asse. D. de her. inst. L. institutio. D. de con. inst.* Quod si aperte factum esset, nemo dubitaret, quin ad vim eorum relictorum sufficeret solemnitas testamenti. Neque id prohibet Theodosii constitutio, quæ in omni ultima voluntate illam observationem suam valere jubet. Addit enim in omni voluntate, excepto testamento. *d. L. ult. §. ult. de cod.* In proposito autem codicillis relicta, testamento relicta dicimus.

X. Illud notandum, ad codicillorum vim nihil pertinere, ut testamentum fiat; aut testamento facto, ut codicilli eo testamento confirmentur. Etiam intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. *§. 1. Inst. de cod. L. 3. L. ab intestato. D. de jur. cod.*

XI. Sed & testamento facto, si quis codicillos postea faciat: quamvis testamento confirmati non sint, nihilominus valent, quasi tacite ex testamento vires capiant. *L. 3. §. ult. D. de jur. cod.*

XII. Idem est, etsi quis codicillis prius factis postea testamentum fecerit, nulla etiam mentione facta priorum codicillorum. Non enim placuit [8] sententia Papiniani existimantis, hoc casu ita valere codicillos prius factos, si testamento postea secuto, aut alia voluntate defuncti codicilli infirmarentur. *d. §. 1. Inst. de cod.* De qua specie paulo post.

XIII. Non si codicilli ab initio consistent, ideo statim valent mortuo eo, qui fecerit. Recte facti, eventu infirmari possunt. Quod si fit; non magis valent, quam si omnino facti non essent. Ut accidere diximus in testamentis. Infirmantur codicilli longe aliter, ac prope contrario modo, atque testamenta. Infirmantur autem partim per se, & principaliter, partim alieno casu, seu per consequentiam testamenti, unde pendebant.

XIV. Per se uno modo: nempe contraria defuncti voluntate, & quidem nuda, ut quisque voluit codicillus non valere; tantum ut voluntas testimonium habeat. De fideicommissis quidem hoc scriptum est in *L. si jure. 18. D. de leg. 3.* fideicommissa nuda voluntate infirmari. Non dubium, quin dictum sit & de codicillis: quoniam infirmatis iis, quæ codicillis continentur, codicilli non supersint. Sed & qui codicillos revocat, non materiam intelligitur revocare: sed quæ codicillis relinquuntur fideicommissa; ut ad hæc per codicillos revocanda semper nuda voluntas sufficiat. Aliter, atque testamentum, quod si quis infirmatum esse vult, nonquam nuda voluntate id consequitur; sed solum ita, si aut incidat tabulas, aut posterius testamentum jure faciat. *L. pen. §. ult. D. de be. pos. sec. tab. §. pen. Inst. quib. mod test. inf.* Dixi supra, differentiæ rationem hanc esse, quod testamentum ut nuda voluntate non perficitur, sed certis solemnibus; *d. §. pen.*

6) Vigl. in §. *testes 6. I. de testam. n.* 5. Vasq. *Lib. 2. de Success. creat. §. 11. Requis. 2. n. 12. & n. 68. & Lib. 3. de Success. progressu §. 30. n. 13.* Joach. Beust. *in L. admonendi 31. de. Jurej. n. 537. & seqq.* Loriot. *ad L. 2. & 73. de R. Jur. f. 507.* Arumæ. *ex Justin. 7. Th. 14.*

7) De quo valde dubito. Neque hoc ex dictis LL. elicitur. Licet enim codicilli alii testamento quasi inesse videantur, non tamen ideo si alio tempore fiant, nuda scriptura perfici possunt, sine observatione in codicillis requisita. In exemplis sane quæ DD. LL. proponuntur, ubi instituitur in testamento heres, *si scripsero codicillis*, vel *quem scripsero*, postea scribitur, minime expedit ita statui. Facilius enim via fraudibus aperiretur. Et omnino refragatur *d. L. ult. §. ult. C. h. t.* Nam adjecta verba, *excepto testamento*, non hoc significant quasi codicilli, qui testamento insunt, minore solemnitate contenti sint, sed quod testamentum majorem exigat.

8) Ratio hæc animum non explet. Nam si genuina, quodvis testamentum posterius etiam imperfectum, revocarit prius contra dicta *supr. Lib. 6. Cap. 16. N. 7.* Semper enim significaret testator, se prius pro perfecto non habere. Ratio verior in natura successionis universalis, quæ apud plures in solidum esse nequit. Quare duo testamenta non possunt simul valere, quia absolute contraria sunt, nec omnino utrumque exitum habere potest, &c.

pen. Inst. quib. mod. test. inf. Ita nuda voluntate infirmari non potest; prohibente regula juris, quæ efficit, quibus quidque modis constitutum est, iisdem in contrarium actis solvi. *L. nihil tam naturale. D. de reg. jur.* Codicillorum contra ab initio natura hæc fuit, ut constituantur nuda voluntate. Quod enim exigimus nunc quinque testes, & eorum subnotationem, apparet longissimo post intervallo a Theodosio inductum esse. *d. L. ult. §. ult. C. de cod.* Consequens igitur regulæ superiori, ut & natura, atque origine sua, nuda voluntate solvi possint.

XV. Quomodo declaretur hæc voluntas, nihil interest. Sive igitur aperte dicat testator, se nolle codicillos valere, hi citra controversiam non valebunt; sive faciat alios codicillos, quibus contrariam voluntatem complectatur, priores revocavit; quoniam in contrariis voluntatibus plus una valere non potest. *L. 3. C. de cod.* Quod si quæratur, utra potius valere debeat, id regula juris ostendit, quæ dictat in legatis, & fideicommissis novissimam voluntatem valere. *L. 12. §. ult. D. de leg. 1. L. quod traditum. D. de cond. & dem.*

XVI. Ut autem voluntate defuncti infirmantur codicilli: ita sine voluntate nullo modo. Longe aliter, atque in testamentis. Nam testamenta etiam invito testatore rumpuntur bis modis; aut alio testamento postea facto, aut agnatione postumi, qui testamento præteritus erat. *§. 1. & 2. Inst. quib. mod. test. inf. L. 1. L. 2. C. de injust. rup.* Nihil horum in codicillis. Si quis, prioribus codicillis factis, alios faciat, deinde etiam alios, dummodo non contrarios: omnes valent. Idque est, quod traditur, posse unumquemque plures codicillos facere. *L. Divi. §. 1. D. de jur. cod. §. ult. Inst. de cod.* id enim significat, posse unumquemque non natura, de quo nemo dubitat; sed jure; quo fit, ut pro ea potestate valeant. Non sic ut dixi, in testamentis; quo in genere si posterius factum sit, prius rumpitur. *§. posteriore. Inst. quib. mod.* nec quisquam decedere potest duobus testamentis, nisi miles, *L. quærebatur. D. de testam. milit.*

XVII. Cur hæc aliter in testamentis, & aliter in codicillis? Non enim in testamentis prioribus minus versatur voluntas defuncti, quam in codicillis prioribus. Lex autem duodecim tabularum omnes voluntates defuncti pariter confirmat, & maxime testamentarias; his verbis: *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto. L. verbis. D. de verb. sign.* Differentiæ ratio est, quod qui posterius testamentum facit, hoc ipso id facit, quo prius jure infirmatur. Declarat enim hoc modo, prius testamentum esse imperfectum. Quippe deesse ei heredem, quem posteriore instituit; quod ubi fit, testamentum ut imperfectum nullum est. Testamentum enim si manere volumus, perfectum esse oportet. *L. si is qui testamentum. D. qui test. fac. poss. L. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testn.* In codicillis vero sane a significatione posteriorum huc idem ovenit, ut qui posteriores facit, eodem facto declarat, prioribus aliquid deesse: hoc ipsum scilicet, quod nunc adjicit, atque etiam codicillos esse imperfectus. Sed non ideo codicilli priores infirmantur jure [9]: nihil enim hic codicillorum naturæ contrarium. Quin potius hæc eorum natura est, ut sint imperfecta testatin.

XVIII. Quid, si codicillis ante factis testator non codicillos, sed testamentum faciat, quo codicilli priores non confirmentur? An non si posteriore huc testamento rumperetur prius testamentum, multo magis quis dixerit rumpi codicillos prius factos? Placebat Papiniano, ut ante dixi, codicillos infirmari, nisi testamento, aut codicillis aliis confirmarentur. Sed constitutione Severi, & Antonini effectum est, ut & sine alia aperta confirmatione codicilli consistant. Ut quemadmodum non codicillis, sic nec testamento posteriore infirmentur. *§. 1. Instit. de cod.* de quo supra dictum est.

XIX. Rursum testamentum [10] agnatione postumi præteriti rumpitur. *§. postumi. Inst. de exher. lib. L. 1. L. 3. in pr. & §. 1. D. de injust. rup.* Non sic codicilli. Si quis codicillis rogaverit heredes legitimos, ut fideicommissum præsta-

9) Et tamen Papiniani sententia videtur exstare in *L. 5. h. t.* Cujac. 18. *Obs.* 7. putat, codicillos speciali confirmatione indigere, sive vetustiores sint, ut *d. L. 5. L. 22. §. 6. ad. L. Corn. de fals* sive noviores, *L. 6. C. h. t.* ad id ut directo in eis scripta valeant. In §. autem *I h. t.* confirmari codicillos ante factos sine speciali mentione, non id ut legata, libertates directæ ex eis debeantur, sed ut fideicommissa præstentur. Duar. 2. *Disp. ult.* Codicillos ante testamentum factos speciali confirmatione egere, & credi, qui post codicillos testatur, ab iis recedere nisi contrarium appareat. Quod omnino dicto rescripto D. Severi adversatur, & notatur Duaren. a Mercer. a. *Opin.* 12. vid. & A. Fab. 5. *Conj.* 12. ubi Cujacio accedit, sed ab eo recedit 25. *Conject.* 15.

10) Vasq. *Lib. 3 de Success. progressu n.* 54. nec aliis modis, quibus testamenta pereunt, Vasq. *ibid. n. seqq.* quibus tamen non recte accenset lapsum decennii n. 55. Ko enim sola testamenta non infirmantur, & si adjuncta ei sit voluntas, utique & codicilli.

starent, nulla mentione facta ullius postumi : deinde post codicillos quis natus sit postumus agnatus, vel suus heres: placet, non rumpi codicillos ; sed fideicommissum etiam ab hoc , qui in numero sit legitimorum heredum, deberi, *L.* 3. *in princ. L. ab intestato. D. de jur. cod.*

XX. Cur hæc rursum tam varie in pari defuncti voluntate? Quia qui testamentum facit postumo præterito , idem etiam alium instituit heredem , sine quo nullum testamentum foret. Simul alio herede instituto adimit postumo hereditatem; quod jure facere pater non potest sine exheredatione , cum filius vivo quoque patre existimetur fuisse dominus bonorum paternorum. *L. in suis. D. de lib. & post.* Postumi præteritio in codicillis nullam ejusmodi heredis institutionem , aut hereditatis ademptionem adversus postumum adjunctam habet. Primum quia codicillis heres alius non instituitur. §. *codicillis Instit.* Deinde quia rogando legitimos heredes , ut restituant hereditatem , aut aliud quidvis : non modo hoc facto postumum ab hereditate non summovet , sed etiam aperte heredem statuit. Est enim hic heres legitimus quem rogavit , ut hereditatem restitueret. Sic autem rogando prius vult esse heredem , cum non possit hereditatem restituere , nisi sit defuncto heres. Ratum est igitur , quod dixi , codicillos ut nuda voluntate non infirmantur ; sic nunquam nisi ejus voluntate , quicumque casus inciderit.

XXI. Sed hoc ita est, inquam , si per se, & principaliter codicillos infirmari volumus. Aliter vero infirmantur per consequentiam , si sint ii , qui ex testamento pendeant. Quo loco de conjunctione codicillorum cum testamento sic habendum est : ab initio quidem, ut codicilli valeant , ex testamento non pendere , de quo supra dixi. At ubi semel eodem tempore testamentum justum , & codicilli esse cœperint: tum codicillos ad testamentum pertinere quoquo tempore testamentum factum sit , sive [11] post codicillos jam factos , sive antea. *L. ab intestato. L.* 3. §. *ult. D. de jur. cod.* Pertinere codicillos ad testamentum cum legimus , ut in *d. L. ab intestato. de jur. cod. L.* 1. *in pr. C. de cod.* Hoc significant veteres , codicillos pro parte testamenti haberi , ut hoc explicatur in *L. quidam. D. de jur. cod.* Unde & in *L. pen. D. test. quem , ape.* dicuntur codicilli pars intelligi testamenti. Quæ omnia hanc vim habent , quæ aliis locis traditur ; ut sive testamento facto, codicilli facti sint , sive codicillis factis, testamentum: ita ut ambo eodem tempore semel esse cœperint ; tametsi codicilli testamento confirmati non sint, intelligamus tamen, sic codicillos pertinere ad testamentum , ut vires ex eo capiant ; jus ejus , & conditionem, legem , atque observationem sequantur : scilicet ut stante testamento consistant codicilli : testamento rupto , aut irrito facto , etiam codicilli, & una quæ codicillis relicta sunt intercidant: non per se , sed alieno casu ejus rei , unde pendebant. *L.* 3. §. *ult. d. L. quidam.* vers. *nimirum* , *d. L. ab intestato. in fin. D. de jur. cod. L.* 1. *in princ. C. de cod.*

XXII. Sed diligenter notandum est, hoc jus tum locum habere, cum qui testamentum fecit, & codicillos, eodem tempore justum testamentum , & codicillos habuit . Quod si quis testamento facto , cum prius id ruptum esset, postea fecit codicillos ; codicilli per se valebunt : nec quia testamentum prius factum erat , ideo ad id pertinebunt, ut quia ruptum erat testamentum , etiam intelligantur rupti postea codicilli. *L.* 1. *C. de cod.* Et recte ; ut enim codicilli ad testamentum pertineant, prius est, ut sit testamentum. Id autem jam ruptum erat : id est , jure nullum. Proinde quicunque codicilli postea erunt, non possunt dici ad id testamentum pertinere. Hæc cum ita sint, de vi codicillorum ita recte definiemus , sic valere codicillos , si ab initio recte facti contraria voluntate revocati non sunt, neque ex testamento pependerunt ; quod fit nullo testamento facto, aut tum factis codicillis, cum jam testamentum ruptum esset ; vel si pepeuderunt , & testamentum ad extremum constitit.

XXIII. Ut valeant codicilli ; non continuo quod hic relictum est, debetur. Spectanda est etiam relicti conditio , ut proposuimus. Non enim omnia codicillis relinqui possunt. Ac si quæ relinqui non possunt, cognoverimus, simul quæ possint, intelligemus. Possunt enim omnia , quæ non prohibentur . Duo autem fuerunt olim , quæ codicillis dari non possent, hereditas , & legatum. De hereditate mox. De legatis scriptum est in §. *præterea. Inst. de fid. her.* Legata nisi ex testamento non valere. Unde factum, ut toto *Tit. Inst. de codic.* nihil amplius legamus proponi

11) Semper enim , inquit Cujac. 2. *ad Afric. in L.* 14. *h. t.* intellectu posterior codicillus , licet antea fiat, & ita semper sequela testamenti est. Græci vocant ἀναπλήρωσιν , Cujac. *in L. Qui test. fac* Forner. 2. *Select.* 9. vid. & P. Greg. 43. *Synt.* 1. *n.* 8. & 9. Vaud. 1. *Quæst.* 19.

poni codicillis relictum, quam fideicommissum. Sed hoc jus sustulit Justiniani constitutio, quæ legata exæquavit fideicommissis, & inter cætera quod fideicommissis datur, id voluit & legatis datum: ut scilicet ibi legata valeant, ubi & fideicommissa. *L.* 2. *C. comu. de leg.* Restat igitur hereditas sola, quam etiam nunc, ut olim, codicillis dari non posse placuit. §. *codicillis. Inst. de cod. L.* 2. *C. eod.*

XXIV. Habet vero hoc, & initio habuit dubitationem: unde videmus confirmatum esse variis rationibus a juris auctoribus. Quamohrem & ambigendi caussam, & rationes hujus juris operæ pretium est cognoscere. Dubitatio autem ex eo, quod de usu, & jure codicillorum recepto traditum est *Inst. eod. tit. in pr.* receptos nimirum in usum codicillos, idque simpliciter. Item sic probatos a plerisque omnibus, atque adeo etiam a Labeone, ut nemini dubium esset, quin codicilli jure optimo admitterentur. Simpliciter hoc quoque & sine exceptione. Cur igitur Jurisconsulti nihil nisi ejus juris interpretes hereditatem postea excipereut, ac non hanc quoque cum reliquis rebus codicillis relinqui liceret? Ratio duplex e veteribus reddita est, quod ad dilneodam superiorem dubitationem haud dubie referri debet. Summa autem illorum responsio hæc est, ne ab initio quidem sic esse ab auctoribus ipsis acceptos codicillos, ut his hereditas dari posset. Primum hac ratione, quia ipsi illi auctores res hasce manifeste distinxerunt, testamentum, & codicillos. Alioqui cur his diversa nomina indidissent, quæ vi, & potestate essent eadem? At si codicilli dari potest hereditas, codicilli testamentum erunt. Institutio enim heredis, ut est caput, & fundamentum testamenti, §. *ante. Inst. de leg.* ita sola testamentum facit. *L.* 1. §. *qui neque. D. de her. inst.* Quapropter etiam de sententia auctorum hereditas codicillis genere a testamentis diverso dari non potest. Collectio est *L. si idem. C. de cod.* Cui congruit ratio reddita in §. *codicillis. Inst. de cod.* ideo codicillis hereditatem dari non posse, ne [12] confundatur jus testamentorum, & codicillorum: idest, quia testamenta, & codicilli diversa sunt, quæ ideo confundi non oportet.

XXV. Altera ratio reddita est a Papiniano in *L. quod per manus. D. de jur. cod.* ne per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur. Ratio docta ab absurdo; collectio autem hujusmodi: si codicillis dari potest hereditas, seu heres institui, eveniet, ut testamentum codicillis confirmari possit. Finge enim testamento heredem scriptum non esse. Ipsum per se testamentum nullum erit. §. *ante Inst. de leg.* 1. *in fi. D. de vulg.* Finge rursum, codicillis institutum heredem: Si hoc recte fit, futurum est, ut testamentum, quod herede instituto vires accipit, hac ipsa institutione confirmetur. Absurdum est autem dici testamentum confirmari codicillis, cum potius codicilli valeant ex testamento. Non igitur codicillis etiam ex sententia auctorum dari hereditas potest.

XXVI. Sed quod dicitur, hereditatem codicillis dari non posse, sic accipitur, ut [13] directo non possit dari herede instituto, aut substituto: cæterum per fideicommissum, seu verbis precariis etiam codicillis hereditas jure relinquitur: *d.* §. *codicillis. Inst. de cod. L.* 2. *D. eod.*

XXVII. Nec parum interest, utro modo valere datum dicamos, ne quis forte hoc discrimen in verbis, non in re positum arbitretur. Nam directo relicta hereditas, tota capitur ab herede instituto. Relicta per fideicommissum non capitur a fideicommissario, nisi imminuta detractione quartæ, quam apud heredem ex senatusconsulto manere oportet. Indicaturque hoc discrimen in *L.* 2. §. *ult. D. de jur. cod.* Hoc amplius monendi sumus, etsi quis codicillis institutus sit, aut substitutus directo heres, ipsam quidem institutionem, aut substitutionem per se inutilem esse, ut tanquam ex institutione deferatur, confirmeturque hereditas: sed quæ directo institutio non valet, eam jure fideicommissi valere ex conjectura voluntatis. *L. Scævola.* 76. *D. ad Treb.* de quo supra diximus in definitione fideicommissi. Hoc tamen ita, dum constet. testatorem voluisse facere codicillos: sive quod ab initio voluit, sive quod cum parasset facere testamentum, addidit cautio-

12) Codicilli enim sic dicuntur per diminutionem quod sint parvum testamentum, vid. *not. C. prmc. N.* 8. potest eorum esse eadem quæ testamenti auctoritas, Marq. Freher. 2. *Parerg.* 25. Non igitur improbabilis est, & inanis hæc ratio, ut vult A. Fab. 74. *Err. Prag.* 10. *p.* 565. nec etiam illa altera augustior, ceu videtur Rad. Forn. 3. *Rer. quod* 23. Rationes vero 12. sed valde pleraque impertinentes, & longe petitas habet. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. creat.* §. 25. *n.* 1. E quibus suavis, & festiva est septima. Si res hæreditaria, inquit, etiam inanimata dedignatur acquiri per aliam hæreditariam animatam, idest servum, & sic digniorem, quanto magis debet testamentum dedignari, si tollatur vel confirmetur per codicillos, qui sunt minores potentiæ.

13) Nisi a milite *L.* 19. *pr. L.* 36. *pr. de test. mil.* vid. Zoan. *Tr. de Rom. Imperio n.* 23. An & piæ causæ dari poterit directe? Negat Vasq. *supr. d.* §. 25. *n.* 9.

tionem usitatam, ut diceret, si scriptura tanquam testamentum non valeret, velle se, ut vim haberet codicillorum. *L. coheredi. §. cum filiæ. vers. quæ ita. D. de vulg.*

XXVIII. Hoc posito, codicillis hereditatem directo dari non posse: consequens fuit, nec codicillis hereditatem posse [14] adimi: ut vere definiatur hoc modo, codicillis hereditatem neque dari, neque adimi posse. *d. §. codicillis. Inst. de cod. d. L. 2. C. eod.* Consequens ideo, quia ejus est nolle dari hereditatem, qui potest & velle. *L. ejus. D. de reg. jur.* Nolle autem dari, quæ jam data erat, est adimere. *Inst. de adem. leg.* Præterea qui hereditatem quibusdam adimit, his adimendo, aliis totam dat vel scriptis, vel legitimis heredibus. Jam autem diximus hereditatem codicillis adimi non posse. Consequens etiam his, herede pure instituto in testamento, conditionem codicillis non posse adjici: quod traditur in *L. Divi* in pr. *D. de jur. cod. d. §. codicillis. Inst. de cod.* scilicet [15] quia conditione adjecta, testator in defectum conditionis hereditatem adimit; quod non licere codicillis facere jam diximus. Quod si non licet codicillis adjicere conditionem institutioni: multo minus licebit in testamento adjectam codicillis detrahere: cum hoc casu in defectum conditionis hereditas detur, quæ prius data non erat. Minus autem licet hereditatem codicillis dare, quam adimere.

CAP.

14) Conna. 9. *Com. 7. n. 2.* hoc sic interpretatur, posse quidem adimi hereditatem codicillis, ut eam non habeat, cui data erat; non vero ita, ut ad alium transmittatur, verum ut non pro adempta, sed pro nunquam data, habeatur *L. 1. §. 4. de his, quæ in test. del.* Et ideo portionem illam non accrescere coheredibus, nec obvenire legitimis, sed acquiri fisco *L. 4. Cod. de his quib. ut indig.* Sed *d. L. 1. §. 4.* non de ademptione codicillis facta, sed deletione, & cancellatione loquitur; & *d. L. 4.* est de herede post testamentum male de testatrice merito. Nec porrigenda videtur ad alios casus.

15) Quæ ratio redditur in *L. pen. in fin. de cond. inst.* plura de codicillis pete ex Cujac. 2. *ad Afric. in expositione L. 24. & seq. h. t.*

CAP. XX.

Delatum hereditatis fideicommissum tunc acquiri, cum, ut oportet, susceptum fuerit. In hac susceptione primam esse caussam restitutionis heredis. Quæ circa hanc dubitationes incidant, quæ eam morentur, cum in re restitui jussa, tum in circumstantiis præstationis. Illic quæri, quid, quantumque fideicommisso contineatur; hic cui, a quo, ubi, & quando sit præstandum. Et de his breviter, ne quid sit in iis, quod temere hanc restitutionem remoretur.

Fidcicommissa hereditas tunc acquiritur cum recte & delata est, & suscepta. I.

Recte suscepta intelligitur eum restituta ab herede, recepta est a fideicommissario. II.

Cur primum de restitutione. III.

Incidere initio, quæ restitutionem remorentur, quæstiones duas; Hæ quæ sint. IV.

Quantum relictum sit partim ex verbis sumitur, partim ex jure. V.

- Ex verbis: *hereditas tota, vel ejus pars.* VI.
- Ex jura, *ut sive tota hereditas, sive pars ejus restituenda sit, semper quarta apud heredem rogatum manere debeat, si quidem volens adeat, & restituat.* VII.

Si vel uni hereditas restituenda, vel pluribus expressis singulorum partibus, tantum quisque habet, quantum cuique tributum. Si vero non expressæ partes, servatur idem quod in institutis, ut si aliis, quam cohcredibus restituenda, partes æquales; sin coheredibus, eædem partes in fideicommisso, quæ in hereditate, nisi proclivior sit conjectura, testatorem voluisse æquas partes fieri. VIII. IX. X.

Hæc conjectura sumitur ex duabus rebus. XI.

- *Ex appellatione nominum.* XII.
- *Ex æquali divisione onerum.* XIII.

Ei fideicommissum relictum intelligitur, quem testator designavit. Si is nullus, nulli debetur. XIV.

- *Designatur fideicommissarius vel nominatim, vel alia ratione: puta si quis mandet heredi suo, ne testamentum faciat.* XV.
- *Item* verbis indefinitis. XVI.

Fideicommissum, eum in persona ejus, qui designatus est, consistere cœpit, isque post diem fideicommissi cedentem decesserit, ad illius heredes transit. XVII.

Quando dies fideicommissi cedat; quove loco de hac re dicturus Auctor. XVIII.

Ab eo fideicommissum relictum esse, quem testator designavit; & si nullum expressit, creduntur onerari omnes heredes instituti, vel legitimi. Cur aliud, si fideicommissarius nullus expressus. XIX. XX.

Fideicommissum relictum in diem certum, *ante hunc peti non potest; debetur tamen, & solvi potest, quemadmodum & hereditas.* XXI.

Quod scriptum est in L. sed & si 10. D. ad S. C. Trebell. *ante diem restituta hereditate, actiones non transferri, accipiendum est de die* incerto. XXII.

Hanc esse vim conditionis adjectæ, ut ante quam extet, dies fideicommissi neque veniat, *neque* cedat. XXIII.

- *Exceptio.* XXIV.

Interdum dies, & conditio vi ipsa inest. XXV.

- Dies *quando insit.* XXVI.
- *Quando* conditio. *Tacitæ hujus conditionis duo exempla.* XXVII. XXVIII.

De conditionibus ubi dicturus sit Auctor: una excepta, de qua Cap. seq. XXIX.

I. SED jam ad fideicommissariam hereditatem radeo, & quod in directa fecimus, ut cum delatam testamento esse constaret, subjiceremus ordine, quomodo delata plene acquireretur, quæsita quid secum ferret commodi, aut incommodi: idem in fideicommissaria nobis faciendum; ut cum dixerimus hactenus, quam recte deferatur, & ubi sit delata, quæ prima acquisitionis propositæ pars est; deinceps delata quomodo acquiratur, seu quæ res hanc acquisitionem perficiat, & quid ef-

ficiat quæsita, eodem ordine, ut est propositum, cognoscamus: quando hæc, ut non defertur eodem modo, sic nec eodem acquiritur, nec idem efficit. Fideicommissa hereditas tunc acquiritur, cum ita delata, ut ostendimus, recte deinde, & , ut oportet, est suscepta.

II. Recte suscepta intelligitur, cum restituta ab herede, recepta est a fideicommissario: ut constet hæc susceptio utriusque opera, & facto; heredis quidem restitutione, fideicommissarii autem acceptione mutua. *L. restituta*, 37. *D. ad Treb.* §. *restituta*, *Inst. de fid. her.*

III. Sed semper restitutio heredis prior; quippe quo non restituente, nihil sit, quod fideicommissarius recipiat. Quamobrem quid hæc restitutio jure postulet ab herede, prius cognoscendum.

IV. Id autem, quod dico, hujusmodi est. Sunt enim quædam, quæ ejus restitutionis justam recusationem: nonnulla, quæ de eo dubitendi justam causam adferant: ut quamvis constet, de hereditate restituenda rogatum esse heredem, & hactenus delatam ex fideicommisso hereditatem: tamen non possit ea restitutio, quam hic quærimus, nisi superiorum rerum jure cognito, facile expediri. Hæc igitur, inquam, quæ & qualia sint, cognoscendum est, etsi quid in his jure restitutioni obstet, heredi servandum; si quid videatur non jure, ante, ut restitutio procedat, amovendum. Incidunt autem initio, quæ hanc restitutionem morentur, summæ quæstiones duæ. Una de re, quæ fideicommisso continetur, ut sciatur, quid, quantumve relictum sit, ut ita præstetur. Altera de circumstantiis præstationis, ut quæratur, quod relictum est, cui, a quo, ubi, & quando sit præstandum. De quibus nunc ita dicam, ut attingam tantum ea, & quidem breviter, quæ hujus speciei propria videntur: quia mihi constitutum sit, hæc quoque in communi illo argumento de legatis, & fideicommissis, pleniore, & accuratiore tractatione exsequi; atque ea dicere, quæ pertineant ad omnem relicti, & supremæ voluntatis speciem, in quam ejusmodi aliquæ incident.

V. Et ut a relicto ordiar: non solum hic videndum est, quid relinquatur ab herede, ut ab eo præstetur; sed etiam re pluribus restitui jussa, quantum cuique testator tributum velit. Sed de herede quæritur; quantum ab eo relictum sit, partim ex verbis, partim ex jure sumitur.

VI. Ex verbis; dum hereditatem aut totam, aut pro parte restituere jubetur, & parte relicta, de hac ipsa parte exprimitur. Quid autem contineatur his verbis, dicemus opportunius postea, cum quæremus, quid in fideicommissariam hereditatis restitutionem veniat.

VII. Illud sumitur ex jure, quod sive totum testator vult restitui, sive pro parte, semper placet quartam partem apud heredem rogatum manere debere; ut sive tota hereditas fideicommissa est, fideicommissum ad eam usque quantitatem minuatur; sive pro parte: hactenus minuatur fideicommissum, quatenus dodrantem ejus partis excedit. Si tamen heres volens adeat, & restituat. §. *sed quia heredes*. §. *sed si recusabat*. *Inst. de fid. her.* De quo paulu post amplius suo loco.

VIII. Si agitur de fideicommissariis, quæriturque quantum cuique relictum videatur: si quidem uni tantum jubetur hereditas restitui, hic res dubitationem non habet, cum huic quod relinquitur, solidum relinquatur.

IX. Sed etsi jubetur restitui pluribus: etiam tunc res caret dubitatione, cum partes a testatore in singulorum persona expressæ sunt. Tantum enim habiturus est quisque, quantum cuique testator attribuit.

X. Partibus vero non adscriptis, hic res incidit in dubitationem, quæ partes inter istos fieri debeant. In quo voluntas (nam hoc quoque ex voluntate testatoris pendet) conjectura exquiritur. Servaturque idem de partibus, quod in pluribus heredibus institutis fieri diximus: ut siquidem rogetur heres restituere hereditatem aliis non coheredibus suis, intelligantur fideicommissarii vocati esse ex æquis partibus: pro numero videlicet personarum. *L. quoties*. 9. §. *heredes*. *D. de her. inst.* Sin pluribus heredibus institutis, rogetur unus restituere portionem suam coheredibus: videatur testator easdem partes in fideicommisso, & substitutione fecisse, quas in hereditate distribuenda inter eosdem fecerat: idest, dispares, si ex diversis partibus instituti erant, & eadem proportione. *L. quoties*. 23. *D. ad Treb. L. si plures*. *D. de vulg.* Sic tamen, nisi quid hic factum sit, ex quo proclivior conjectura sit, testatorem voluisse æquas hic quoque partes inter coheredes servari.

XI. Quæ conjectura duabus ex rebus sumitur.

XII. Una, si non sub appellatione heredum, sed [1] propriis nominibus heredum singu-

1) De nominum propriorum expressione, quando faciat partes viriles relictas censeri, quæ alias hereditariæ futuræ. Vid. Simon de Pretis *Lib. 3. de Interpr. ult. volunt. Interpr. 1. Dubitat. 5. Solut. 1.* Philip. Massin. *ad L. 1. C. de Impub. subst. n. 95. & seq.*

singulorum expressis fideicommissum relinquatur. *L. nonnunquam.* 24. *D. ad Treb.* Nominum enim appellatio singulas personas designat, non personarum qualitatem. Unde fit, ut appellati numero exæquentur, non distinguantur qualitate. *arg. in L. si heredes.* 124. *D. de leg.* 1.

XIII. Altera est, si hi, quibus fideicommissum datur, jubeantur, ut fideicommissum accipiant, pecuniam numerare, & in hac æquas partes dare. Sic enim visum est ax divisione onerum conjecturam voluntatis capi, ut qui æqualiter onerati sunt in pecunia danda, iidem videantur & in commodo adjuncto exæquati esse. *d. L. quoties*, 23. *ad. Treb. L. utrum*, §. *ult. D. de reb. dub.* Hoc secundum regulam naturæ, quæ dictat, æquum esse commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *L. secundum. D. de reg. jur.*

XIV. De circumstantiis personarum, & temporis, quæ spectentur in hac restitutione, breviter sic habendum. Ei fideicommissum relictum intelligitur, & soli huic præstandum, quem testator, ut ei præstaretur, designavit. Nulla fideicommissarii persona testamento adscripta [2] nulli fideicommissum datum videtur neque certæ Personæ neque incertæ *L.* 4. *D. de reb. dub.*

XV. Designatur idonee persona fideicommissarii non tantum nominatim, sed omni oratione, ex qua intelligi possit, de quo testator senserit. Utputa, si quis mandet heredi suo, ne testamentum faciat: supra diximus contineri his verbis fideicommissum, & valere, quasi heres rogatus sit restituere hereditatem legitimis suis heredibus. *L. qui filium.* 74. *D. ad Treb.* Atqui legitimi heredes hic nominati non sunt. Sed ex prohibitione superiore satis intelliguntur; cum, ut dixi in ratione ejus fideicommissi explicanda, testamenti remotio nullis prodesse possit nisi legitimis heredibus.

XVI. Interdum verbis indefinitis fideicommissum, ut hereditas, quibusdam relinquitur, veluti, quisquis mihi erit, ei Primus partem suam, aut hereditatem restituito. Quibus verbis qui contineantur, quæri solet. De quo dixi libro superiore, *tit. de pupillari substitutione.* Explicatur verbum in his locis. §. *substituitur. Inst. de pup. L.* 3. *L. qui liberis. in fi. pr.* & §. *ult. D. de vulg.*

XVII. Ei, qui designatus est, soli fideicommissum præstandum cum dixi, sic intelligi volo, ut ita præstandum sit ab initio; & cum de eo quæritur, a quo initium capiat fideicommissum, quem fideicommissarium appellamus. Cæterum cum in persona ejus cœperit consistere, etiam eo mortuo transibit fideicommissum ad heredem ejus, si modo post diem fideicommissi cedentem decesserit. *L. quidam.* 25. *in pr. D. ad Treb.*

XVIII. Cedit autem fideicommissi dies, si aut pure, aut in diem relictum sit. *L.* 5. *D. quan. di. leg. ced.* Sed de hac transmissione dicetur ex professo in legatis: quando locus ad omnem legati, & fideicommissi speciem pertinet.

XIX. Ab [3] eo item fideicommissum relictum est, quem testator designavit. Quem si exprimit, res expedita est. Si nullum omnino exprimit, nihilominus fideicommissum valet, & semper rogatus intelligitur heres omnis, qui testatori, sive, cui substituitur, heres futurus est. Veluti si simpliciter testator dixerit, sa valle hereditatem suam restitui Titio. Si aliqui heredes instituti erunt, hi rogati sunt. Si defunctus intestatus decessit, intelliguntur rogati heredes legitimi. *L. ea quam. C. de fid.* exempla *in L. Scævola.* 76. *L. si quis priore.* 29. *D. ad. Treb.*

XX. Cur ergo, persona fideicommissarii non adscripta, nullum est fideicommissum, ut diximus; persona autem ejus, a quo fideicommissum relinquitur, non adscripta; nihilominus fideicommissum valet: cum certum sit ad fideicommissum tam necessariam esse personam ejus, a quo relinquitur, quam ejus, cui relinquitur? Id ex eo est, quod ex relicto semper certus est jure is, a quo relinquitur. Ut enim alius certus non designetur a quo quid præstetur, hoc heredis onus est, uti & æs omne alienum. *L. ult. C. de her. act. L.* 2. *C. de legat.* Unde legatum definitur donatio a defuncto relicta, ab herede præstanda. §. *legatum Inst. de leg.* Ita ex onere persona ejus, cui onus adjunctum est, satis intelligitur. At fideicommissi commodum nulli proprie adjunctum est, ut dici possit huic potius fideicommissum deberi, quam alteri. Totum enim hoc, ut cui præstetur, voluntatis est, & liberalitatis defuncti. Quæ in quem conferatur, nisi

2) *L. si patroni* 55. §. 1. *h. t.* vid. Chiflet. *Lib.* 4. *de Jure fideicom. C.* 1.

3) Sive heres scriptus sit, sive alius, ad quem hereditas pervenit, vid. *supr. Cap.* 16. *N.* 4. 5. Et successor quoque heredis præstare cogitur. *L. quamvis* 40. §. 1. *L.* 44. *pr. hoc tit.* Fiscus quoque quocunque jure ad eum bona sive caduca, sive ut vacantia pervenerunt, præstat fideicommissa tam universalia quam singularia *L.* 96. §. 1. *de leg.* 1. Interdum quoque ab alio præstatur fideicommissum, quam qui rogatus est, ut in casibus *L.* 1 § 9. *L.* 16. §. 8. *hoc tit.* vid. Chiflet. *L.* 4. *de Jure fideic. C.* 1.

nisi ex designatione ejus intelligi non potest. Locus restituendi ad legata, & fideicommissa singolarum rerum præcipoe pertinet, ut quæ solæ sint, quæ locum obtineant, a quo & in alium per restitutionem possint transferri.

XXI. Quodcumque vero, cuicumque, & a quocumque relictum erit, noo prius debebitur, quam testator voluerit. Hoc autem, quando voluerit testator præstari, ex iisdem rebus, quæ differunt, aut non differunt cætera relicta, reliquasque obligationes, æstimandum est. Quod enim de legatis scriptum est in *L. 1. in pr. D. de cond. & dem.* id multo citius de fideicommissis dicendum est, in quibus plenius voluntas defuncti jam olim valuit: fideicommissis scilicet, qui relinquaotur, ut legatis, aut diem, aut conditionem adscribi; aut si nihil horum factum sit, præsentia esse; nisi si vi ipsa dies, aut conditio insit. Cum dies certus adscriptus est, valet idem, quod in omnibus obligationibus etiam inter vivos contractis, ut ante [4] diem fideicommissum peti non possit; at debeatur tamen, ut & solvi possit, & solutum per errorem non possit repeti. *d. L. 1. in pr. de cond. & dem. L. cedere. de ver. signif. L. centesimis. in pr. D. de ver. obl.* Neque hoc aliter fit in hereditate ex fideicommisso in diem certum restitui jussa. Et hic quoque ante, quam dies venerit, cessit: tamen placet, si fideicommissarius interim decesserit, fideicommissum ad heredes ejus transmitti, ut est in *L. Sejus. 46. D. ad Treb.* sicut accidit in omnibus legatis, cum post diem legati cedentem legatarius decessit. *L. si post. quan. di. leg. ced.* Ejusque sententiæ etiam argumentum est, quod si quis alio loco restituere hereditatem jussus sit, similis est ei, qui in diem rogatus est restituere. Inest enim in loco dies, intra quem ad eum locum possit perveniri. *L. recusare. 6. §. ult. D. ad. Treb. §. locu. Inst. de ver. obl. L. interdum. D. eod.*

XXII. At de hoc ipso, qui alio loco restituere hereditatem jussus est, traditum est in *L. sed etsi alio 9. in pr. ad Treb.* eum & antequam in eum locum venerit, & venire potuerit, hereditatem adire posse, & restituere. Nempe ergo & antequam dies venerit. Quorsum igitur laboramus in re, ut videtur, aperta? Quia scriptum est in *L. sed etsi ante 10. ad Treb.* si ante diem, vel ante conditionem restituta sit heredites, non trasferri actiones; quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. Sed ex superioribus apparet, hoc de die incerto accipi debere: cum ex notissimis locis dies certus in diversa caussa habeatur, cum in aliis relictis, tum vero etiam in fideicommissa hereditate. Idque etiam ex contextu ejus loci, itemque ex verbis ipsis responsi potest intelligi. Prius in *L. 9. præcedenti. §. ult.* dictum erat, si quis sub conditione fuit heres scriptus, pendente cooditione, frustra paratum esse heredem restituere hereditatem. Subjicitur continenter in fragmento sequenti, etsi ante diem, vel conditionem restituta sit hereditas ultro accipienti fideicommissario, tamen oon transferri actiones. Quod quidem ad præcedentem propositionem de conditione positam referri debere apparet. Responsum vero ipsum cum diem, & conditionem comparet, declarat, diem conditioni similem intelligi debere. Is autem est dies incertus *L. 1. §. 1. L. dies. D. de cond. & dem.* nam dies certus pene toto genere a conditione dissidet. *L. cedere. de ver. sig.* Idque etiam in supremis voluntatibus. *d. L. 1. de cond. & dem.* Adde rationem, quæ adjicitur in *d. L. 10. ad Treb.* quæ quidem nisi diei incerto, & conditioni convenire oon potest. Ante diem, inquit Cajus, vel conditionem non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. Hoc de die certo non recte dicitur, quoniam hunc constat adjici heredis caussa; nihil autem fecit heres contra voluntatem testatoris, qui, contempto jure suo, statim fideicommissum restituit. Quinimmo fideicommissum statim repræsentando, plenius judicium defuncti agnovit. Quod si in fideicommissaria restitutione contra voluntatem faceret, qui ante diem certum hereditatem restituit: faceret & is contra voluntatem in legatis, qui legatum ex die relictum ante diem præstaret; eoque esset & hæc ipsa præstatio inutilis. Quid si responsum *d. L. 10.* accipimus non de die, aut conditione restitutioni hereditatis adjecta, sed ea, sub qua heres institutus est? Res erit expedita; & tum demum recte conveniet locus definitioni præcedenti *d. L. 9 §. ult.* ubi non de fideicommisso agitur sub conditione relicto, sed de herede scripto sub conditione, qua pendente, quid juris sit de restitutione, quæritur. Et hoc aptius. Quo sensu diem incertum omnino intelligere oportebit; quia ex die certo heres institui non potest;

4) Nisi in favorem fideicommissarii dies adjectus sit, arg. 43. §. 2. de leg. 2. vid. P. Greg. 4. Synt. 19. n. 21. & seq.

test; sed die detracto, tanquam pura valet institutio. *L. hereditas ex die.* 34. *D. de her. inst.* §. *heres. Inst. eod.*

XXIII. Conditionis adjectæ vis certa est, ante scilicet, quam conditio exstiterit, nec cessisse, nec venisse diem fideicommissi: id est, nihil peti posse, sed nec deberi. *d. L. cedere, de verbor. signif.* Solum videndum, ubi adscriptus sit dies, aut conditio. Et conditione adscripta, quando conditio exsistat; ubi sæpe de verborum significatione, & sententia quæritur. Ut in illa conditione, fideicommisso restitui jusso, cum fideicommissarius ad vicesimum annum ætatis pervenerit. De qua in *L. qui filium.* 74. §. 1. *D. ad Trebellian.* Sed hic locus de conditionibus non est proprius hujus quæstionis. Pertinet generaliter ad institutiones, & legata, ac fideicommissa, omniaque, quæ testamento relinquuntur; eoque & separatim explicanda. Quod & proprio titulo factum est in Pandectis de conditionibus, & demonstrationibus. De quo & a nobis postea dicetur inter legata.

XXIV. Interdum tamen & pendente conditione fideicommissum repræsentari placuit: quod fit in specie *L. Imperator.* 50. *ad Trebell.* sed ex magna, & justa causa, quæ illic declaratur. Quod totum ex ipso loco petendum est.

XXV. Nulla die, aut conditione adscripta, videndum & illud, num dies insit, aut conditio.

XXVI. Inest dies, ut loco adjecto, cum quid certo loco restitui jussum est *L. G. in fin. D. ad Trebell. L. interdum. D. de verbor. oblig.*

XXVII. Inest etiam sæpe conditio; quæ verbis omissa, partim ex verbis fideicommissi, quæ adscripta sunt, partim ex conjectura voluntatis intelligitur. Ex verbis fideicommissi fere intelligitur, cum heres rogatus est restituere hereditatem filiofamilias his verbis: *rogo, des filio tuo faciasque ut ad eum perveniat.* Ubi placet, videri in id tempus dari, cum capere poterit: idest, cum sui juris erit. *L. ubi* 19. *in prin. D. ad Treb.* Hoc quidem ex conditione personæ fideicommissarii: bona tamen ex parte ex verbi significatione. Non enim videbitur ad filium pervenisse, nisi totum ei acquiritur, & est suum. *L. aliud est capere. D. de ver. sig.* Conditio autem filiifamilias obstat, quominus quamdiu ea conditione est, possit ei ita acquiri. §. 1. *Inst. per quas pers.* Expectandum igitur, dum, mutata conditione, sui juris esse cœperit, & cœperit ei plene acquiri posse.

XXVIII. Eadem interpretatio circa conditionem in hoc fideicommisso, cum rogatur mater, quidquid ad se pervenerit, faciat, ut perveniat ad filium suum. Quod Scævola ita est interpretatus, ut videatur mater rogata non pure restituere; sed sub conditione, seu ex die incerto, cum decesserit [5] *L. epistolam.* 75. §. 1. *D. ad Treb.* Hoc quoque partim ex verbis, partim ex matris conditione. Verbo quidem non videtur pervenisse proprie ad matrem, nisi quod est apud illam, dum vivit, mansurum. *d. L. aliud est capere. D. de rer. cond.* Conditio autem matris, & pietas, atque observantia huic debita hoc suadent, ut prius matri deferatur; sic deinde mortua matre, perveniat ad filium. Cum quibus congruit judicium defuncti, qui matrem in hac hereditate fideicommissa filio prætulit. Conjectura solum voluntatis conditio in hac specie admissa est de sententia Papiniani, cum testator aliquem ex liberis rogat, ut hereditatem post mortem suam restituat alicui extraneo. Ubi placuit, hanc conditionem inesse ex voto parentis, si rogatus decesserit sine liberis. Alioqui liberis relictis, voluisse testatorem ad hos potius hereditatem pertinere. *L. cum avus. D. de cond. & dem. L. cum acutissimi. C. de fid.*

XXIX. Sed & hæc quæstio omnis, ubi insit, aut intelligi debeat conditio, communis est cum institutionibus, legatis, & fideicommissis reliquis omnibus; nec quidquam hic proprie ad fideicommissum hereditatis pertinet. Quamobrem & ad communem locum de conditionibus totum hoc remittendum. Una est ex omnibus conditio in hoc genere, quæ cum sit communis cum relictis aliis omnibus: in fideicommissaria tamen hereditate ut præcipuam curam fideicommissarii desiderat, ita & proprium in eo jus ac tractatum obtinet. Ea conditio est, si heres scriptus hereditatem adierit. De qua ideo separatim nobis hoc loco dicendum est.

CAP.

5) Aliam expositionem hujus L. 75. §. 1. vide A. Fab. 65. de Error. Pragmat. 8.

Digitized by Google

CAP. XXI.

Utcumque rogetur pure heres scriptus restituere hereditatem, semper tamen inesse hanc conditionem, si heres rogatus hereditatem adierit. Hinc ne fideicommissum intercidat non adeunte herede, remedia primum nata, eademque jure prodita, partim ad invitandum heredem ad hereditatem sponte adeundam, partim ad repugnantem cogendum. Et de duobus remediis ad invitandum propositis; æris alieni exoneratione, & quartæ retentione ex senatusconsulto Trebelliano.

In omni legato, ac præcipue in fideicommisso hæc conditio inest: si hereditas adita sit. I.
Cum certum est, eam adiri non posse, fideicommissum intercidere. II.
Heres, qui adire nolit, invitatur ut adeat; & si recusat, cogitur. III.
Invitatur primum amoto metu periculi æris alieni, deinde præmio adeunti proposito. IV.
Incommodo æris alieni prospectum S. C. Trebelliano. V.
Præmium ex Pegasiano; & quod nam istud præmium, quove modo vulgo appellatum. VI.

I. IN omni legato, & fideicommisso, inquam, etiam si sine die, & conditione adscribantur, hæc conditio inest, si heres a quo relicta sunt, heres erit; eoque in extraneo, si heres hereditatem adierit. *L. omnia.* 32. *D. de lega.* 2. Sed præcipue in fideicommisso, & eo, quod sit de restituenda hereditate. Intelligitur inesse hæc conditio, cum ex restituendi verbo, tum ex jure, & restituendi obligatione. Rogatur heres restituere hereditatem. Non potest restitui, nisi quod prius ad aliquem pervenit, & quod is cœpit habere. *L. item veniunt.* §. *ait senatus. L. utrum. D. de her. pet.* Sed & jus id facit, ut non alius ad restituendum possit obstringi. Qui enim a nobis nihil accepit suprema voluntate, ab eo relinqui nihil potest. *L. ab eo. C. de fid. L.* 6. *in fin. D. de leg.* 3. Non acquirit autem heres extraneus hereditatem, nisi adeundo, aut, quod idem valet, pro herede gerendo. §. *item extraneus. Institut. de hered. qualit.* Quare habet restituendi verbum, & obligatio hanc conditionem, si heres prius hereditatem adierit, ut aditam capiat, acceptam restituat. Unde eveniet, ut, non adita hereditate, non debeatur fideicommissum, ut accidit in omnibus relictis conditionalibus, ubi conditio non exstitit. *L. cedere. D. de verbor. signif.*

II. Quod si etiam certum esse cœperit, eam adiri non posse: tum plane intercidat fideicommissum. Quod fit, si heres rogatus restituere, decedat [a] ante aditam hereditatem. *L. ille.* 13. §. 1. *in fi. L. ita.* 27. §. *quoties. in fi. D. ad Treb.* Quamobrem fideicommissaria hereditate relicta, magnæ curæ esse debet fideicommissario, ut heres rogatus primo quoque tempore hereditatem adeat, ne ante decedat, quam adierit, aut facultas agnoscendæ hereditatis ei vivo adimatur.

III. Quid ergo si heres nolit adire, quod dicat suspectam propter æs alienum hereditatem? Danda fuit opera, si quo modo potest, & fideicommissario consultum volumus, ut adeat. Cui etiam rei hac parte diligenter prospectum fuit jure publico. Ac primo invitati sunt heredes, ut sponte sua adire vellent: post etiam, si recusarent, inviti coacti.

IV. Invitati ad adeundum duobus modis: primum amoto periculi metu, quod ex aditione esse poterat adeunti. Deinde etiam præmio adeunti constituto.

V. Periculi justus metus ex aditione in ære alieno. Hereditas enim adita obstringit heredem æri alieno defuncti, etiam si solvendo non sit. *L. more. D. de acq. her.* Parumque profuerit heredi ad hæc onera depellenda, si restituat hereditatem, nisi proprio, & singulari aliquo jure huic restitutioni succursum esset. Heres enim manet, qui semel extitit. *L. ait.* §. *sed quod Papinianus. D. de mi.* §. *restituta.*

a) Quid si heres ante aditionem, post compulsum tamen prætoris decedat. Vasq. *L.* 2. *de Success. resolut.* §. 11. n. 42. contra omnes, ut perhibet, & sic quoque nihilominus fideicommissum universale intercidere per *d. L.* 13. §. 3. *hoc tit.* Sed contrarium probat *L.* 4. & *L.* 7. § 1. *Cod. hoc tit.* & immo *d. L.* 13. §. 3. dicit, compellendum adire, ne prius decedens (ante compulsum scilicet & coactionem) fideicommissarium decipiat.

ta, Inst. de fid. her. Quippe adeundo cœpit obligatus esse creditoribus hereditariis. *L. ult. C. de her. act.* Hac obligatione suo facto liberari non potest invitis creditoribus. *L. si servum. §. nunc videamus. D. de ver. obl.* Idemque hic accideret heredi restituenti hereditatem, quod accidit heredi hereditatem vendenti; qui vendita hereditate nihilominus creditoribus hereditariis, ac fideicommissariis tenetur, ut ante. *L. 2. C. de her. vel. act. vend.* Huic incommodo primum prospectum est [2] senatusconsulto Trebelliano, & periculum onerum hereditariorum adeunti hereditatem, & restituenti amotum. Placuit enim, ut quæ actiones heredi, & in heredem competunt, hæ darentur ei, & in eum, cui ex fideicommisso restituta est hereditas. *§. restituta. Inst. de fid. her. L. 1.* ubi senatusconsultum exstat. *D. ad Trebell.* Et hoc quidem jus proprium fideicommissariæ hereditatis restitutionis: neque enim ad eos heredes, qui legata, aut fideicommissa rerum singularum præstiterunt, pertinet. *L. nam quod. 14. §. ult. L. cogi. 16. §. & generaliter. L. ita. 27. §. Trebellianum. D. eod.* ut merito vel ob hoc ipsum jus aditio ista hoc loco, ut loci propria, attingenda fuerit.

VI. Sed nondum satis ad invitandum heredem. Manat enim etiam adhuc metus quidam suspecti periculi: certe nonnulla molestia adeundi, & post aliquod tempus restituendi hereditatem. Quam heredes facile nollent ob nullum, aut minimum lucrum subire. Quamobrem etiam huic incommodo occursum est postea [3] senatusconsulto Pegasiano: & cautum, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret [4] quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur. *§. sed quia heredes. Inst. de fid. her.* Ita cum prius lex Falcidia, quæ de legatis loquitur, non pertineret ad restitutionem fideicommissariæ hereditatis: per senatusconsultum inducta est in hanc restitutionem, ut in re simili loquitur Paulus in *L. 1. §. ad eos. D. ad leg. Falcid.* ut jam quarta, quæ deducitur ex fideicommissaria hereditate, non tam ex senatusconsulto, quam ex lege Falcidia, cui hæc species data est, percipi videatur. Et hinc factum est in usu juris, ut hæc ipsa quarta, similiter quarta Falcidia, commodum legis Falcidiæ, quarta quæ retinetur ex lege Falcidia, seu jure Falcidiæ, a veteribus passim nominetur. *L. coheredi. §. cum filiæ. D. de vulg. L. Titia. 86. D. ad leg. Falcid. L. ita tamen. 27. §. Trebellianum. in fin. L. si quis priore. 29. L. si patroni. 55. §. qui fideicommissam. in princip. D. ad Trebell.* Vulgo interpretes vocant quartam Trebellianicam: quia primum admissa est senatusconsulto, Pegasiano quidem: attamen ejusmodi, cujus postea auctoritas omnis attributa est senatusconsulto Trebelliano a Justiniano, exploso Pegasiano senatusconsulto. *§. sed quia stipulationes. Inst. de fid. her.* Hoc non male, dum eam partem juris spectamus, quæ legem Falcidiam huc traxit. Sed veteres eam legem spectarunt, qua primum constituta est de his, quæ testamento relinquuntur, quartæ retentio. Quæ cum postea inducta est in hanc speciem fideicommissariæ hereditatis, id actum est senatusconsulto, non ut ex senatusconsulto, sed ex lege ipsa Falcidia, quæ huc traducta est, hæc quarta sumeretur.

CAP.

2) Edita tempore Neronis, Seneca, & Trebellio Maximo Consulib. *d. L. 1. § 1. D. §. 4. I. hoc tit.* suffectis scilicet & extraordinariis, cum Fastis eorum nomina non sint adscripta, Goth. *utrobique in not.* Chiflet. *Lib. 4. de Jure fideicomm. Cap. 4.* licet Rebuff. Forner. 2. *Rer. quotid.* 18. Senecæ nomen in Fastis ideo non exstare, quod exemptum fuerit, ejus, ceu perduellis memoria a Nerone insigne damnata. Ejus causa finalis ne alium commoda sequantur, alium onera. In verbis Senatusconsulti primis *L. 1. §. 2. h. t. Cum esset æquiss. &c.* Causa impulsiva, ne præ metu litium recusarent fiduciarii adire, in verbis extremis, *quo magis in reliquum, &c.* Ita Chiflet. *d. loc.* At, puto ego, potius Causa finalis in dictis verbis ultimis, & in verbis primis Causa formalis, seu ratio Senatusconsulti. Causa autem impulsiva, exempla fiduciariorum, in præjudicium fideicommissariorum repudiantium. *§. 5. I. h. t.*

3) Cujus provisio equidem plenior, & fortior quam Trebelliani: sed salebrosas, & captiosas stipulationes partis, & pro parte emptæ, & venditæ hereditatis, invexit, quibus, nisi caveret sibi heres, si rogatus erat ultra dodrantem restituere, adhuc in solidum obstrictus manebat oneribus hereditariis. *d. §. 5.* vid. Cuj. 2. *Obs.* 30. Chiflet. *Li. 14. de Jure fideic. C. 8.*

4) Duar. *ad tit. D. ad L. Falc. C. 7.* vocari Falcidiam, quia utilitatis caussa ad exemplum Falcidiæ recepta: sicuti, Quasi Serviana, quandoque vocatur simpliciter Serviana. Cant. 2. *Subsec. lect. 4.* putat quia inter legem Falcidiam (sub Augusto) & SC. Pegasianum (sub Vespasiano factum) 100. anni, & quod excurrit, intercesserunt, toto intermedio tempore probabile esse, extensam fuisse quartam Falcidiam ad fideicommissa. Idque forte causæ esse, cur invento postea Pegasiano Senatusconsulto, segnius eo uti Jurisconsulti soliti, adsueti nimirum Falcidiam eo extendere. Ejus rei extare argumentum, in *L. 18. vers. dixi legem Falc. &c. ad L. Falc.* Sed neque hæc opinio convincit *d. §. 5. I. hoc tit.* ubi Imp. aperte ante SC. Pegasianum plerosque fideicommisso gravatos adire recusasse ob nullum lucrum, si totam, vel minimum, si pene totam hereditatem restituere rogati essent. Et *d. L. 18.* loquitur de porrectione L. Falcid. facta a D. Pio post SC. Pegasianum. Nam inter Vespasianum, & D. Pium intermedii fuerunt 5. Imperatores, Titus, Domitianus, Nerva, Trajanus, Hadrianus. De sententia autem *d. L. 18.* vid. Duar. *ad L. Falc. C. 5.* & A. Fab. 1. *Jurisp.* 11. *Pr.* 9. *Il.* 7.

Digitized by Google

CAP. XXII.

Heredem rogatum restituere hereditatem, desiderante fideicommissario cogi a prætore etiam invitum adire hereditatem, & restituere. Hoc ita, nisi si qua sit ei justa recusandi caussa. Hujus generis caussas summas esse quatuor. Quænam hæ, & quid contineant.

Adeundi necossitas primum imposita S. C. Pegasiano, cujus omnem auctoritatem Justinianus Trebelliano præstitit. I.

De hac nocessitate tria cognoscenda, & quæ nam. II.

Ei, cui hereditas quocunquo jure delata est, adeundi necossitatem imponi: sive magnæ sit vir auctoritatis a vili, ac turpi persona institutus, sive civitas, municipium, aliudve corpus publicum restituore jussum; ne Fisco quidem excepto. III. IV. V.

Extrinsocus quatuor sunt koredi justæ caussæ ad recusandum adire, & quæ nam. VI.

Si non hereditas relicta per fideicommissum, sed res certa, aut quantitas, vel si res omnos, & singulæ hereditariæ; vel si res certæ regionis, præter quam si n milite, adeundi necessitas cessat. VII.

Ratio differentiæ. VIII.

Quid si legatarii, aut fideicommissarii velint obstringi æri alieno, eoque nomine indemnitatis cautionem asserant. IX.

Rogatus hereditatem Titii restituere, neque hanc, neque alteram testatoris cogitur adire; nisi ex illa testator antea institutus adierit. X.

Tria jure aditionem impediunt, at non pariter singula. XI.

Conditiones, quæ non sunt in potestate herodis semper impediunt prius quam impletæ sint. XII.

Sin in ojus potestate: remittuntur si turpes; reliquæ ita implendæ, ut sine incommodo heredis res transigatur. XIII.

Etiam is, qui somel repudiavit, cogi potest adire, si nihil fideicommissario imputari possit quod repudiarit. XIV.

Quid de eo, cui cum esset bonorum possessio delata, passus est, diem bonorum possessionis agnoscondæ transire. XV.

Si neget heres, fideicommissum deberi, id ei prodesso ne adeat, si constet in præsentia non debori. XVI.

Sin do oo sit controversia, interesso, utrum do viribus tostamenti quæratur, an de viribus fideicommissi: illo casu non audiri heredem, nisi utriusque confessiono constet, testamentum nullum esse; posteriore audiri, nisi cognitio prolixiorem tractatum habeat. XVII. XVIII.

Pendente conditione non cogitur hores adire, & restituere. Huic sententiæ nonnullæ leges conciliantur, contraria aliorum Interprotum reprobata. XIX. seqq.

Quid si jussus heres hereditatem in diem restituero. XXIII.

Non cogitur adire ubi fideicommissarii desiderantis id fieri, nihil intersit. XXIV.

Quid si fideicommissarius hereditatem obtinere possit alio jure, quam per restitutionem herodis. XXV.

Item non cogitur heres adire si ei ex aditione proventura sint incommoda. XXVI.

Horum incommodorum genora quatuor. XXVII.

Si quod incommodum personæ, sive quod damnum pocuniæ, lucrive cessantis, ærisve alieni hores metuat, non cogitur adire, nisi id omne avertat fideicommissarius. XXVIII. seqq.

Is, cui libertas puro, hereditas sub conditione por fideicommissum relicta est, pendente conditione cogi potest adire, sic tamen, ut si deinde conditio deficiat, libertatem retineat, aditio pro nulla habeatur. XXXII.

Quid si ab uno herede libertas, ab alio fideicommissum relictum; vel si hoc ab heredo, libertas a legatario; vel si ab eodem utrunque, sed qui haberet coheredem, qui adiit. XXXIII.

Harum specierum exompla. XXXIV. seqq.

Heres por procuratorem absentis, fideicommissarii cogi potest adire; sed si deinde, non dum restituta hereditate procurator decesserit, porindo ost ac si non adiisset. XXXVII.

Sententiæ de necossitato adeundi in herede restituere rogato conciliatur L. nec temere C. de jur. delib.

I. NE hæc quidem adhuc satis esse potuerunt, ut heres hereditatem adiret, ut volumus. Fieri enim potest, ut quodcumque lucrum proponatur ex aditione, tamen

tamen nolit adire: vel quia nolit gratum facere testatori, vel quia noccre velit fideicommissariis. Quocirca liberato jam ante per senatusconsultum Trebellianum herede omnibus hereditariis oneribus, si hereditatem ex fideicommisso restitueret: visum ast ad extremum faciendum hoc quoque esse; ut, si superioribus rebus non adduceretur ad adeundam hereditatem, adeundi necessitas ei imponeretur. Quod & ipsum provisum primum est senatusconsulto Pegasiano in hanc sententiam, ut si fideicommissarius, cui restitui debuit hereditas, diceret, suo periculo adire, & restitui sibi velle: heres institutus cogeretur a prætore adire, & restituere hereditatem: ea lege, ut si fuerit factum, transeant quidem actiones ex Trebelliano; at quartæ commodo heres in restitutione non utatur. §. *sed si recusabat. Inst. de fid. her. L.* 4. *D. ad. Treb.* A senatusconsulto quidem Pegasiano hoc jus inductum principio, ut indicatur in *d.* §. *sed si recusabat.* sed ut subjicitur in §. *sed quia stipulationes. Inst. de fid. her.* quia alia pleraque circa hanc restitutionem eo senatusconsulto inducta erant, quæ nec Justiniano, nec antiquitati ipsi probarentur, placuit Justiniano, Pegasiano exploso, omnem auctoritatem senatusconsulto Trebelliano præstare. Ex quo factum, ut deinceps in hac restitutione fideicommissaria cœperit unum Trebellianum nominari; & qui locus erat de fideicommissariis hereditatibus, is inscribatur ad senatusconsultum Trebellianum Digestis, & Codice. In Institutionibus autem in hoc argumento uterque titulus sit conjunctus in eamdem sententiam, hoc modo: *d. fideicommissariis hereditatibus, & ad Senatusconsultum Trebellianum*: ut his verbis indicetur videlicet & res, de qua restituenda agitur, & jus de ea restitutione constitutum.

II. Hæc necessitas adeundi ita est imposita heredi, ut multæ sint in eo cautiones. Quarum summa ad tria hæc capita videtur referri, de quibus ordine cognoscendum sit. Primum, an sine exceptione heres cogendus sit hereditatem adire, & restituere, postulante fideicommissario. Alterum, si cogendus est, per quem cogi possit. Tertium; quibus remediis cogatur.

III. Cum quæritur, an sine exceptione cogendus sit heres hereditatem adire: nempe hoc quæritur, an nulla sit alicunde heredi recusandi caussa. Et sciamus a persona heredis ipsius instituti nullam esse. Quisquis est, ad quem pertinet hereditas, si rogatus est restituere hereditatem, adire cogitur, & restituere. Nihil hic refert, quo jure heres sit, ex testamento, an ab intestato; heres, an bonorum possessor; jure communi, an ex privilegio militum. In omnibus ex æquo senatusconsultum locum habet, ut extranei adire [1], sui se immiscere cogantur. *L. recusare* 6. §. 1. *L.* 1. §. *hoc senatusconsultum. D. ad Treb.*

IV. Nihil etiam ad rem facit dignitas, & auctoritas heredis instituti. Et qui magna præditus est dignitate, vel auctoritate, etiam a [2] vilissima, & turpi persona heres institutus, ut arenario, vel ea muliere, quæ corpore quæstum fecerit, hereditatem ejus adire, & restituere cogitur. *L.* 5. *D. ad Treb.*

V. Ne illud quidem interest, quæ sit instituti amplitudo, utrum persona singularis

1) Filiumfamilias tamen, & rouen heredem a patre institutum, non cogi ut se immisceat hereditati, contendit A. Fab. 7. *Conj.* 7. *per. L.* 27. §. 3. *h. t.* ubi ratio, quia etsi se non immiscuerit, tamen hereditas transferri potest. Servum autem heredem necessarium compelli se immiscere, ut deinde restituat, *L.* 6. §. 2. *h. t.* (in quo verba priora rejicit Faber ad præcedentem §. & in verbis *hoc SC. locum habet*, novum inchoat) & sic differentiam hic esse inter filiumfamilias & servum. Male vulgo notari ad *d.* §. 2. filium cogi se immiscere. Cur enim Prætor ad immistionem compelleret, si perinde citra eam restitui potest. *d. L.* 27. §. 3. Cui bono immistio? Rationem Accursii; ne si postea probetur, filium emancipatum fuisse, tota restitutionis potestas pereat, frivolam esse; quia immo ipso restitutionis tempore quærendum, an suus heres sit fiduciarius, non post eam factam. Putare Accursium in fideicommissarii arbitrio esse, an velit filium cogi ad immistionem, ut in *d. L.* 6. §. 2. an non, ut *d. L.* 27 §. 3. Quasi vero, regerit Faber, Prætor in *d.* §. 3. fideicommissarii voluntatem spectet, non juris rationem. Videtur autem Fabro hæc ratio diversitatis: Filiumfamilias non cogi se immiscere *d.* §. 3. quia etiam abstinens heres manet, quod sufficit, ut actiones omnes ab eo in fideicommissarium transire possint. Servum autem cogi *d. L.* 6. §. 2. non quasi necessaria sit immistio, ad hoc ut actiones transferantur, sed quia nullo casu servis permissum, ut se abstinere possint, quod hoc modo contingeret. Ita Faber. *d. C.* 7. §. Sed refellitur ex *L.* 5. §. *ult. D. Quod cum eo qui in al. potest.* & ex ipsa *L.* 6. §. 2. *h. t.* ubi etsi prima verba cum Fabro fini præcedentis §. adjicias, adhuc tamen obstant verba *cæteris necessariis.* Chiflet. *Lib.* 4. *de Jure fideicommiss.* C. 3. *Pag. m.* 1055. videtur dissensionem agnoscere, & Juliani tempore *d. L.* 27 §. 3. nondum certi juris fuisse necessitatem immistionis. Ulpiani autem *d. L.* 8. §. 2. & Pauli *d. L.* 5. §. *ult.* inolevisse usu judiciorum, qui in *d. L.* 6. §. 1. notatur. Visum ut non videatur se immiscere suus eo ipso dum restituit, cum heredis sit fideicommissa a se relicta præstare. Quæ ratio non inepta videtur, & poterit forte dici Julianum in *d.* §. 3. non desiderare etiam immistionem, cum hæc ipsa, quæ sit per restitutionem sufficiat.

2) Pater quoque a filio, quem in potestate habet, cogi potest, *L.* 16. §. 11. *h. t.* quem contra expresse verba Accursius accipit de emancipato. Non autem jure ordinariæ actionis, & litis judicialis (quæ inter patrem, & filium non consistit) cogit, sed extraordinaria cognitione, & officio judicis, cui sæpe locus est sine actione. At quomodo, dices, cum patri per filium acquiratur. Resp. Adire statim cogitur ne morte patris non adeuntis intercidat fideicommissum, sed restitutio differtur in tempus, quo filius fit sui juris *L.* 19. *pr. h. t.* Quod nec alias rarum est: vid. Chiflet. *Lib.* 4. *de I. fideic.* C. 1. *p.* 1042. Dominus autem a servo ut adeat, ac restituat, cogi nequit *L.* 16. §. 13. *h.* potest autem a servo, qui testatoris fuit. *d. L.* 16. §. *pen.* Pac. 8. *Q.* 54. nec correctione Fabri 18. *Conject.* 10. opus est.

laris rogata sit, an publicum aliquod corpus: ut civitas, municipium, collegium. Fiscus etiam, si bona vacantia ad eum redierint, obnoxius est fideicommissi restitutioni. *d. L. recusare.* 6. §. *si fisco. ad Treb.*

VI. At sunt extrinsecus heredi justæ caussæ ad recusandum adire. Hæ partibus plures, generibus summis sunt quatuor: quarum una ducitur a re restitui jussa; secunda a jure heredis; tertia a jura fideicommissarii, dum ille aut sibi jus adeundi, aut fideicommissario jus petendi fideicommissi esse negat; quarta ab incommodo aditionis. Quæ singulæ quid valeant, quidve heredi ad recusandum tribuant, & quatenus, videamus.

VII. Prima ergo, ut dixi, recusandi caussa sumitur a re restitui jussa. Sic enim jus est de cogendo herede, & transferendis actionibus, ut non aliter huic juri locus sit, quam si testator non de rebus singulis, aut certa quantitate, sed de hereditate sua universim restituenda aut tota, aut pro parte roget heredem. *L. ita.* 27. §. *Trebellianum. L. nam quod.* 14. §. *ult. D. ad Treb.* Non exigitur quidem, ut testator utatur hereditatis verbo. Quocunque modo significat se universitatem bonorum restitui velle, satis est: ut si roget heredem restituere bona sua, patrimonium, facultates, & si quæ sint verba hujusmodi, quibus homines ad bona sua significanda uti solent, ut pluribus declaratur in *d. L. nam quod.* 14. §. *ult.* & *L. seq. L. cogi.* 16. *eod.* At quibuscumque verbis id faciat testator, certe de universitate restituenda rogare eum oportet. Si de re, vel [3] quantitate heres fuerit rogatus, cogi non potest adire, & restituere. *dict. L. cogi* §. 1. Itaque si quis rogatus sit hereditatem restituere; cogitur adire hereditatem desiderante fideicommissario, ne intercidat fideicommissum. Idem si rogatus sit res omnes hereditarias singulas restituere. At si ab eo res omnes legatæ sint, desiderantibus fideicommissariis, aut legatariis, cogi non potest hereditatem adire, ut legata, aut fideicommissa præstat; quamvis alioqui futurum sit, ut, herede non adeunte, relicta intercidant, ut accidit, cum unus est heres institutus. Idem est, si quis heredem roget restituere hereditatem, bonaque, quæ sibi ab aliquo obvenerunt, vel quæ in aliqua regione habet: præter quam in militis testamento. *L. cogi.* 16. §. *sed etsi miles. ad Treb.*

VIII. Differentiæ ratio est, quod jussus restituere hereditatem, si adit, & restituit, id facit sine ullo incommodo suo: ut propter incommodi suspicionem non possit aditionem detrectare. Restituta enim hereditate, transeunt actiones omnes in fideicommissarium ex senatusconsulto. *L.* 4. *ad Treb.* Non item sine incommodo æris alieni adire potest, qui rogatus est restituere, aut præstare res singulas, quantumvis omnibus legatis, aut fideicommissis omnes præstiterit, ut nihil sibi in hereditate reliqui faceret. Omnibus solutis, nihilominus æri alieno obstrictus manet. Æs enim alienum heredes tenet. Non sequitur legatarios. *L. ult. C. de her. act. L. si hereditatem. D. man.* Bene autem in *L. non est cogendus*, 53. *D. ad Treb.* neminem cogi se obstringere hereditariis actionibus propter legatum. Apertius hoc idem sic explicatur in *d. L. nam quod*, 14. §. *ult. eod.* quod dicatur, æquum non esse ad hoc quem compelli adire hereditatem, ut emolumentum quidem hereditatis refundat; ipse vero oneribus hereditatis obstrictus relinquatur.

IX. Quid tamen, si legatarii, & fideicommissarii velint hereditatem adiri periculo suo, & se obstringi æri alieno? quid, si etiam in eam rem indemnitatis cautionem offerant? Placet ne sic quidem cogendum heredem adire. *d. L. nam quod* §. *ult. illic, quare si fideicommissum, ad Treb.* Marito; [4] nam ne hæc quidem pactio id efficit, ut transeant actiones. Pactio enim privata est, quæ interposita, valere potuit inter heredem, & legatarios; *L. epistola*, §. *pactum, D. de pact.* jus autem publicum mutare non potuit, id est, efficere, ut, translatis in legatarios actionibus, heres desineret teneri creditoribus. Quod ubi non fit, senatusconsulto locus non est. *d. L. nam quod*, §. *ult. in princ.*

X. Non est satis, testatorem fideicommittere hereditatem vel totam, vel pro parte, ut sit Trebelliano locus, & hinc cogatur heres hereditatem adire. Hoc amplius exigimus, ut roget hereditatem suam restitui. *L. ita*, 27. §. *Trebellianum*, *ad Treb.* Et ideo si testator jubeat heredem suum restituere hereditatem Titii, a quo heres

3) Hæc non videtur conveniens exceptio, cum regulæ non insit. Regula enim est, Fiduciarius rogatus restituere hereditatem, cogitur adire. Gravatus igitur rei particularis præstatione, ipsis verbis regulæ excluditur.

4) Vis hujus rationis hæc: Quia adeundo se heres obstrinxit creditoribus, paciscendo cum legatariis obligatione non liberatur; quia uti paciscendo non potest obligatio tertio acquiri, ita multo minus tolli.

heres itidem institutus erat: fideicommissarius heredem cogere non potest ad alterutram hereditatem adeundam. Non testatoris; quia hæc relicta non est. Non Titii; quia in hec volnit quidem hereditatem restitui: sed non suam. Species *d. L. ita.* §. *Trebellianum, ad Treb.* Diversum est, si testator roget heredem, ut restituat quidem hereditatem Titii, sed ex que ipse testator institutue fuerat, eamque adieret. Hujus fideicommissi solius nomine cogi potest heres totam hereditatem testatoris edire. Scilicet, ut de perte hereditatie defuncti restituenda rogatus, non elterius; quie hæc ipsa Titiane testatoris esse cœperet, aditione ejus illi quæsita. Hoc in [5] *L. cogi.* 16. §. *sed etsi quis, ad Treb.*

XI. Secunde recusandi causse heredi ex suo ipsius jure nescitur, cum ita dicitur, non posse eum hereditatem jure communi adire, ut sibi ecquirat. Non enim videtur, quod sibi edire non potuisset jure refragante, id elterius caussa adire posse, ut ei restituat. Quod tamen non est perpetuum; sed ut est causse, quæ facultatem edeundi heredi edimit, ita est & recusandæ aditionis modus. Trie sunt, quæ jure communi aditionem impediunt: conditio, sub qua heres institutus est; ejus repudietio; & in bonorum possessione agnoscenda temporis ad eam rem præstituti lapsus. Hæ caussæ non pariter recusationem adeundi heredi tribuunt.

XII. Conditio semper tribuit prius, quam impleta sit. Si quis sub conditione institutus sit heres, pendente conditione, hereditatem adire cogi non potest. Quid dico autem, cogi non potest? immo vero etiam si velit, nec adire potest, nec petenti restituere. Utrumque ideo, quie & jus vetat, & prohibet voluntas testatoris. Jus, quia jus non patitur hereditatem adiri, quæ delata non est. *L. si quis extraneus.* 21. §. 1. *D. de acq. her.* Pendente autem conditione non ita defertur, ut possit interim acquiri, aut repudiari. *L. is qui heres.* 13. *D. eod.* Voluntas testatorie, quia testator conditione institutioni edjecte, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit, neque per hunc illi voluit restitui hereditatem: ut profecto non recte restituetur, quæ interim non ite restituitur, ut testetor rogavit. *L. facta.* 63. §. *si sub conditione. in fin. L.* 9. §. *ult. L.* 10. *D. ad Treb.* Et hoc est, quod dicitur in *d. L.* 9. §. *ultim.* heredem sub conditione scriptum pendente conditione nihil agere, tametsi paratus sit hereditatem restituere. Nihil agit pendente conditione, non tantum restituendo, quod nun transfert; sed etiam adeundo, quod non acquirit, ut possit restituere. Ex quo intelligitur, quod dixi, nec invitum edire cogendum, quod, etiem si velit, sponte adire, & restituere non potest. Eamdem sententiam hebet, quod dicitur in *L. si cui pure.* 31. §. *ultim. in fin. D. ad Treb.* conditiones, sub quibus heres institutus est, quæ non sunt in potestate ejus, ad officium prætoris non pertinere. Non pertinet ad officium prætoris, ut vel eas remittat, quæ exspectandæ sunt; vel de his implendis statuat, quæ in potestate heredis non sunt; vel, ut his pendentibus, cogat heredem ad adeundam hereditatem, quam nondum delatam jure edire non potest. Peraguntur enim hæc officio prætoris. Totum autem id officium hic cessare dicitur. Et hoc citra controversiam ite est, si heres institutus sit sub conditione, quæ non sit in ejus potestate.

XIII. Quid, si in ejus potestate erit, ut possit implere natura, si velit? Veluti, Titius heres esto, si decem dederit; si Capitolium ascenderit; si monumentum, si insulam eo loco ædificaverit. Et placet quasdam ex his remitti heredi: quasdam non minus implendas, quam superiores. Utrumque hactenus, ut in eo & pareatur juri publico, & voluntati testatorie; & tamen res cedet sine incommodo heredis. Id autem ita fit. Remittitur heredi omnie conditio, quæ & jure publico remittitur aliis sibi adeuntibus; nempe turpis, & quæ in hoc genere a prætore habetur conditio jurisjurandi. [6] *L. facta.* 63. §. *si sub conditione.* §. *si dandæ. D. ad Trebellian. L. quæ sub conditione. L. conditiones quæ: L. conditiones contra. D. de cond. inst.* Remitti placet, & si que est conditio [7] nominis ferendi: id est, si heres nomen testatoris, aut alicujus, alterius, quamvis honesti, sibi assumptum ferat. *d. L. facta.* §. *si vero. ad Trebellian.* Etsi enim in eo assumendo per se nihil est turpe, & heredibus sibi quæsituris hereditatem hæc conditio inter famosas, & turpes non remittitur: tamen ei qui aliena gratia hereditatem adit, permittendum est æsti-

5) Ubi Govean. 2. *Var. lect.* 2. negatione inserta legit, *non transire*, errore manifesto.

6) Ab initio, id est prius quam heres adimplere recuset. Absurde autem, Cujac. 21. *Obs.* 39. pro *ab initio* in *d.* §. 7. legit *absurdum*, notatus tacite, ab Fab. 6. *Conject.* 11. & Hunt. *a Suerin. Repet. lect. C.* 8.

7) *L.* 7. *in fin. h. t.* vid. not. Goth. *in d. L.* 63. §. 10. Radulf. Forner. 5. *Rer. quotid.* 17. Rob. 1. *Rec. lect.* 5. Menoch. *de Arbitr. C.* 318. *n.* 15.

æstimare, quid sibi honestum, aut turpe existimet ex hominum opinione. Certe plerique ita judicant, eos, qui nullo lucro alienæ familiæ nomen assumunt, aut suæ familiæ, & gentilitii nominis puduisse; aut alienum nomen suæ gentis nomini prætulisse; quorum utrumque nonnulla macula sinistræ suspicionis non caret. Cæteræ non turpes conditiones sive in dando sint, sive in faciendo, in ea caussa sunt, ut priusquam heres hæreditatem adire possit aut repudiare, eas impleri oporteat, quamvis in heredis arbitrium collatas. *L. is qui heres. D. de acquir. her.* Sed hoc in hac aditione, quæ ab invito exigitur alterius gratia, ita transigitur, ut fiat sine ullo incommodo heredis. Ideo si conditio in dando est, pecuniam heredi offerre debet fideicommissarius, ut heres conditionem impleat; sic deinde conditione impleta, hereditatem possit adire, & restituere. *dict. L. facta.* 63. §. *si dandæ. L. sed sciendum.* 7. *L. si cui pure.* 31. §. *ultim. D. ad Treb.* Quod si conditio in faciendo sit, eaque [8] difficilior, ut si quis institutus sit, si monumentum, aut insulam ædificarit: non exigitur ab herede, ut eam impleat invitus in gratiam alterius; quod iniquum est; sed illo recusante implere, fit [9] potestas fideicommissario idem faciendi. Quo facto placet, conditionem tam impletam videri, quam si heres ipse fecisset. *dict. L. si cui pure.* 31. §. *ult. D. ad Treb.*

XIV. Repudiatio hereditatis vel maxime jure communi facit, ut qui semel repudiavit hæreditatem, eam amplius adire non possit. *L. sicut, C. de rep. her.* Sed hoc in herede rogato hereditatem restituere non placuit. Et qui repudiavit hereditatem, cogitur adire, & restituere. *L. nam quod*, 14. *in pr. D. ad Treb.* Idque Divi Pii rescripto cautum esse scriptum est in *L.* 2. §. *ult. D. de suis & leg. her.* Ac potuit sine rescripto id intelligi. Quippe heredis repudiatio contra senatusconsultum facta in necem fideicommissarii, perinde haberi debuit, ac si non intervenisset. *arg. in L. non dubium. C. de legi.* Sed melius fuit rescripto apertius constitui, cum posset de eo dubitari propter jus repudiationis; qua secuta, placet, hereditatem amitti regulariter, ut amplius adiri non possit. *d. L. sicut. C. de rep. her.* Quod non idem placuit in eo, qui conditione impeditur, quominus adeat, vix quærendum videtur; est enim in promptu. Nulla namque culpa est heredis conditionis eventum exspectare volentis, quem cogitur, etiam si nolit, exspectare, jura id, & voluntate testatoris ita exigente. At culpa in eo manifesta, qui, quum sciat, se restituere jussum, ideo repudiat, ne possit adire, & restituere, cum fuerit in potestate ejus non repudiare. Et ut forte fideicommissum a se relictum ignorarit: tamen quod repudiavit, factum ejus est. Hoc illi nocere potuit; fideicommissario non potuit, certe non debuit: regula juris ita dictante, quæ definit, factum cuique suum, non adversario nocere debere. *L. factum. D. de reg. jur.* Sic tamen scriptum est in *d. L. nam quod*, heredem & post hanc repudiationem adire posse, & cogi, si justæ caussæ allegentur. Est autem omnis justa caussa ad eum quamvis repudiata hereditate cogendum, si nihil sit, quod fideicommissario possit imputari, quod heres repudiavit. Quod si possit, contra. *arg. in in L. facta*, 63. §. *pen. D. ad. Treb.* Quid enim, si heres consentiente fideicommissario repudiavit? Quid, si heres, nondum adita hereditate, petiit a fideicommissario, num vellet sibi hereditatem adiri, & restitui; ille autem respondit, ut libet, nihil moror? In his recte dicemus, voluntatem fideicommissarii ei obesse debere.

XV. Repudianti similis est, si quis, cui bonorum possessio tantum deferebatur, cum rogatus esset hereditatem restituere, passus sit, diem bonorum possessionis agnoscendæ transire. Nam & hic voluntate sua id patitur, & passus, tempore excluditur non aliter, quam repudiatione. Ut jam non possit agnoscere bonorum possessionem quam prius. *L.* 1. §. *quibus.* §. *seq. D. de suc. ed.* Sed & hoc cessat in eo, qui rogatus est hereditatem restituere. Quem placet, desiderante fideicommissario, etiam post id tempus cogi posse agno-

8) Nam si facilis malitia est, heredem recusare id, ex quo nullum sibi damnum, alteri lucrum. A. Fab. 6 *Conject.* 12.

9) Dist. A. Fab. *d. C.* 11. vers. *recusante autem herede*, &c. Triboniano adsignans, quem & stylum prodere scribit, & adversari juris rationem (quæ perpetuo conditiones eo modo, quo testator jussit, adeoque in forma specifica, impleri exigat) ac *L.* 63. §. 7. *h. t.* ubi conditiones difficiles remitti dicuntur, quæ si a fideicommissario impleri possent, non remitterentur. Sed quod de stylo objicitur levius est, nec quicquam hic illatinus. In *d.* §. 7. autem non remittuntur conditiones difficiles, sed turpes, alioqui sequentia verba non convenirent, sed huic repugnarent. Et quod conditio non possit per alium impleri; perpetuum est tunc cum heres sibi adit, ut perfecte capiat apud se mansurum. Ac certe minus repugnat testatoris menti, magisque ipsi satisfit; si fideicommissarius exsequatur voluntatem, quam si omnino negligatur, & conditio (verbi gratia. Si feceris monumentum) plane, ceu nulla habetur, remittatur.

gnoscere bonorum possessionem, & hereditatem restituere. *d. L. facta.* §. *penult. ad Trebell.* Sed hoc non aliter, quam ex restitutione prætoris restituentis tempus bonorum possessionis admittendæ, idque ex caussa: nempe ita, si per hoc tempus is, cui restitui debebat hereditas, aliqua ex caussa non potuit adire prætorem, & postulare, ut petita bonorum possessione, restituatur sibi hereditas: ut est in *d. L. facta*, §. *pen.* Postulationem fideicommissarii hic potius exigimus intra tempus bonorum possessioni petendæ præstitutum, quam intra tempus, quod aditionem præcedit; quia scire potuit fideicommissarius, quando tempus bonorum possessionis exiturum esset: non etiam quando heres esset repudiaturus; quod totum est ejus voluntatis. Unde in hoc nulla culpa est, qui repudiationem non antevertit, quam non potuit divinare. In illo culpa certa, qui potuit tempus prævenire, quod constitutum esse intelligebat.

XVI. Tertia recusandi caussa ducitur a persona fideicommissarii duobus modis: si vel dicatur ei fideicommissum non deberi: vel dicatur nihil ejus interesse fideicommissum ei restitui. Justa in primis defensio est ad fideicommissarium in hac postulatione removendum, si dicatur, fideicommissum non deberi. *L. ille.* 13. §. 1. *D. ad Trebell.* Sic enim vere dicetur, non desiderari hoc casu a fideicommissario, ut heres cogatur: cum non sit fideicommissarius, cui fideicommissum non debetur. Nunc autem placet quidem cogi heredem adire hereditatem; sed dumtaxat postulante fideicommissario. *L.* 4. *D. ad Treb.* Tum autem quomodo cogamus heredem adire hereditatem fideicommissi caussa, ubi fideicommissum nullum est? Placuit tamen ex hac caussa ita removeri fideicommissarium, si constet, in præsentia fideicommissum non deberi. [10] *L. ita* 27. §. *quoties. D. ad S. C. Trebell.*

XVII. Quod si de eo sit controversia, eoque & petat heres de eo prius cognosci: placet, eum interdum audiendum esse, interdum non audiendum. Interest enim, utrum ideo neget deberi, quod dicat, testamentum non valere; an vero ideo, quod de testamento confessus, dicat, non esse fideicommissum de hereditate restituenda, aut esse inutiliter relictum, aut ademptum postea; ut illic de testamento quæratur, hic de viribus fideicommissi, ut loquitur Ulpianus in *d. L. ille*, 13. §. 1. *ad Treb.* Si neget heres, testamentum valere: etsi vi ipsa maxime hoc dicit fideicommissum nullum esse, eoque nec deberi: tamen placet, omnimodo non audiendum, sed statim cogendum adire. *d. L. ille.* §. 1. Merito: sive enim testamentum valet, contra quam heres affirmat, ideo non est audiendus, quia falsum dicit. Sive vere testamentum nullum est; vel hoc ipso non est audiendus, quod hac professione declarat, nihil habere se, cur hereditatem ut suspectam metuat; cum hoc casu nulla ejus aditio futura sit, eoque nulla, quæ illi noceat. Jus enim certum est, neminem adeundo, aut pro herede gerendo heredem fieri posse, nisi qui aut testamento institutus, aut ab intestato vocatus sit ad hereditatem. §. *item extraneus. Inst. de her. qual. & diff.* Meminerimus semper dictum hoc esse in re controversa. Cæterum si etiam fideicommissarii confessione constet, testamentum aut ab initio nullum esse, aut postea rescissum, nulla ratio est cogendi heredis, ubi certum sit aut non esse fideicommissarium, aut non eum heredem, qui possit hereditatem obtinere. Idque responsum est in persona ejus heredis instituti, adversus quem filius emancipatus præteritus jam acceperat bonorum possessionem, idque constabat; alioqui contra. *L. ita.* 27. §. *quoties. D. ad Treb.*

XVIII. Non idem probatum est per omnia, si heres ideo fideicommissariam hereditatem deberi neget, vel quod non sit fideicommissum de hereditate restituenda, vel quod inutiliter relictum sit, aut postea ademptum. Sane enim, si cognitio hujus rei prolixiorem tractatum habeat, ut quia testamentum, vel codicilli, ex quibus debebatur fideicommissum, aut quibus ademptum dicebatur, e longinquo petendi sint, vel quia justa deliberatio incidat de quantitate fideicommissi: scribit Ulpianus, etiam hoc casu non audiendum heredem, sed statim compellendum adire, si fideicommissarius id desideret: ne, inquit, prius heres decedens fideicommissarium decipiat. Sed hac conditione, inquam, si cognitio prolixiorem tractatum habeat. Alioqui non prætermittendam hanc quæstionem. Hoc ille in *d. L. ille* 13. §. 1. *ad Trebel.* innuens, saltem hunc casum esse, in quo audiendus sit heres desiderans prius cognosci de viribus fideicommissi, quam adire cogatur, si probatio rei dubiæ procul petenda non sit, nec diffici-

10) Ubi vocabula non transponunt, Cujac. 3. *Obs.* 6. & Chiflet. *Li.* 4. *de Jure fideicomm.* C. *in fine* legentes: *pa*-*ne est compellendus adire, si non jam filius*, &c. Sed vulgatam lectionem adstruit Rob. 2. *Recept. lect.* 15. quem vide.

ficilem verborum explicationem habeat. Cur ergo non æque hic quoque cogitur statim adire heres, atque tunc, cum de testamentu negat, quia de testamento negans, non habet, ut dixi, cur suspectam hereditatem metuat etiam in præsentia. De fideicommisso autem tantum laborans habet, quod metuat; quia manet obstrictus oneribus hereditariis, si postea paret non habere eum, cui hereditatem recte restituat. Quod metuenti jure parcitur. *L. nam quod.* 14. §. *ult. ad Treb.* Hactenus tamen, ne propter longiorem moram decipiatur fideicommissarius; quod paulo ante excepimus.

XIX. Quod denegatur fideicommissario in hac petitione, cum fideicommissum ei omnino non debetur, idest, cum non valet: hoc idem denegatur ei, cum valet, sed nondum debetur. Puta, si fideicommissum ei relictum sit sub conditione, & pendente conditione velit adiri hereditatem. Dicimus, interim non cogendum heredem adire, & restituere: quia nondum sit is, cui fideicommissum debeatur. Scio, aliter videri [11] vulgo interpretibus in *L. apud.* 11. §. *ult. D. ad Treb.* argumento ejus loci. Sed verius puto, quod dixi. Probatur aperte in *d. L. ita.* 27. §. *a patre, eod.* ubi diserte negatur, heredem cogendum esse hereditatem adire, inter alia hac ratione, quia sub conditione fideicommissum datum erat, & pendente conditione, aditio desiderabatur. Proponitur quidem illis species, in qua non tantum fideicommissum relictum erat sub conditione; sed etiam heres ipse sub eadem conditione substitutus. Verum Julianus hanc rationem posteriorem non attendit; sed illam, quod fideicommissum sub conditione datum erat.

XX. Sed & in *L.* 1. §. *sed & quoties. D. eod.* cum propositum esset, heredem rogatum restituere hereditatem duobus, alteri pure vel in diem, alteri sub conditione: illic traditur, senatum censuisse interim universam hereditatem restitui ei, cui pure, vel in diem relictum est. Cum hæc compulsio uni huic conceditur: nempe ei, cui sub conditione datum erat, adimi intelligitur. *arg. L. eum prætor. in pr. D. de jud.* alioqui quid opus erat senatum uni concedere, quod utrique pariter jure publico concederetur? Otiosum id quidem esset, & supervacuum senatusconsultum. Quod in re obscura admitti in legibus non oportet. *L.* 1. *in fi. D. ad munic.*

XXI. Movet alios in contrariam sententiam *L. apud* 11. §. *ult. D. ad Treb.* ubi proponitur, libertas ancillæ relicta pure, fideicommissum hereditatis sub conditione. Placet autem, pendente adhuc conditione fideicommissi cogi posse heredem adire hereditatem, & manumissæ restituere. Sed non alius locus magis sententiam nostram adjuvat. Observetur enim non tantum in *d. L. apud.* 11. §. *ult.* sed multo dilucidius, & generalius in *L. si cui pure.* 31. *in pr. D. eod.* compulsionem istam heredis pendente conditione fideicommissi concedi tunc, cum alicui pure libertas, & per fideicommissum sub conditione hereditas relicta est. Sola quidem libertas alicui testamento data, ad cogendum institutum per se non sufficit. *L. si patroni.* 55. §. *qui fideicommissam, ver. nec ad rem pertinebit. D. eod.* At ambo conjuncta faciunt, ut cogi possit etiam pendente fideicommissi conditione. Non quidem semper: de quo mox plura in incommodis aditionis: attamen non aliter, quam si ambo hæc sint conjuncta; ut in eo non fideicommissi solum habeatur ratio, sed etiam libertatis. Ac libertatis quidem caussa ex parte hoc esse constitutum ex eo apparet, quod ibidem adjicitur: etsi postea deficiat fideicommissi conditio, libertatem tamen eripi non posse. Quod secus esset, si ea aditione fideicommisso tantum, non etiam libertati consultum esset. Demus ergo, libertatem cum fideicommisso conditionali datam non esse: dicemus ex superiore sententia, heredem pendente conditione fideicommissi non posse cogi hereditatem adire, & restituere; quia cesset ratio, & caussa constitutionis. *arg. L. quod dictum. D. de pact. L. de eo. & L. quid enim, seq. D. de jud.* Quod ni is sensus esset superioris definitionis

11) Et A. Fab. 18. Conj. 8. p. 150. Frustra scribens, expectari conditionem, cujus eventus, aut defectus nihil operaretur, *L.* 87. §. 3. *ad L. Falc.* Et si autem deficiat deinde conditio, non idea tamen manere hereditatem apud institutum, qui coactus adiit. Nec igitur incertitudo eventus conditionis restitutionem differre debet. Sana sententia hæc DD. benignior videtur, ac sustinendæ supremæ ordinationi, (ne interim moriente instituto, conditione postea existente, fideicommissum concidat) convenientior, nec minus juri consona; maxime cum *L.* 13. *pr. h. t.* generaliter loquatur, nec per verba, *secundum ea, quæ ostendimus*, ad unicam speciem restringi debeat, cum per illa sese referat IC. ad modum, quo servetur indemnis fiduciarius. Quid quod etiam pater a filiofamilias cogi possit, ut statim adeat, vid. *supr. N.* 2. ubi tamen fideicommissum collatum est tacite in tempus, quo sui juris reddetur, & sic in diem incertum, qui conditionem efficit, vid. *infr. Lib.* 8. *C.* 31. Nec quicquam probat nostri opinionem *d. L.* 27. §. 4. Nam ibi non cogitur adire hereditatem patris, aliam videlicet, quam restituere rogatus non erat. Nec obstat *d. L.* 1. §. 9 Ibi enim in concursu quasi duorum: unius, cui pure, vel in diem, & alterius, cui sub conditione res relicta est, merito ille, qui potentius jus habet præfertur, &c.

tionis in eo, cui libertas pure data, & hereditas sub conditione relicta est: quid opus erat ponere hanc speciem ad jus de hac re explicandum; cum posset aperte, & generaliter res definiri in omnibus, quibus fideicommissum relictum asset sub conditione? Est igitur in hac specie exceptio prioris sententiæ. Et quia exceptio ejusmodi est, ut confirmet regulam in omnibus fideicommissariis conditionalibus, quibus libertas non est adjuncta, ut de vi exceptionis significatur in *L. quæsitum. §. idem respondit domo instructa. D. de inst. leg.* Nam quod in *L. ille.* 13. *in pr. ad Treb.* ita scriptum est generaliter: illum, a quo sub conditione fidaicommissum relictum est, caussari quid non posse, ne conditio deficiat, & hæreat actionibus: ad præcedentem speciem *L. apud.* 11. *§. ult.* de qua diximus, referri debat, ut sequentia hæc verba liquido probant: *cum nullum damnum sit futurum secundum ea, quæ ostendimus. Jam igitur non desideratur heredis præsentia.* Hæe vero erat quæstio, quæ in *d. §. ult. L. apud.* posita erat ab Ulpiano.

XXII. Objiciet fortasse aliquis hæc verba Papiniani ex *L. si patroni.* 55. *§. qui fideicommissam.* illic, *sed nec illud. D. ad Trebell.* quod fortius probabitur, si post impletam conditionem coactus est heres adire. Nam si pendente conditione, durum erit idem probare; cum & Falcidiam pœnitendo potuit inducere. Sed loquitur Papinianus de conditione, sub qua heres institutus est, post quam impletam si coactus adiit, vere dicetur, eum destituisse supremus dafuncti preces, & indignum esse, qui aliquid consequatur ex voluntate. At si ea pendente coactus est adire, puta injurie prætoris, non idem dici potest; cum, etsi sponte per id tempus repudiassat: tamen conditione impleta posset ex pœnitentia volens adire, & restituere. Quo casu Falcidiam retineret: scilicet quia prior repudiatio nihil nocuit.

XXIII. Quid, si jussus sit heres hereditatam restituere in diem, veluti post quinquennium? An ante diem cogi potest adire, & restituere, ne, illo intra diem moriente, intercidat fideicommissum? Movet, quod in his, quæ debentur in diem, ante diem peti nihil potest. *L. cedere. D. de ver. sig.* Sed placuit hoc casu, etiam ante diem desiderante fideicommissario, cogi heredem adire hereditatem, & cam restituere: & quidem ite, ut jam inde transeant in fideicommissarium actiones ex Trebelliano. *L. 1. §. sed & quoties. L. cogi.* 16. *§. cum quidam. D. ad Treb.* Nec injuria. Jam enim a principio certum est, fideicommissum debitum iri, si heres hereditatem adeat; quia certum sit, diem venturum. Ut non sine manifesta injuria recuset heres ante diem adire, quo fiat, ut fideicommissum, quod, ipso adeunte, certo deberetur, ipso interim moriente, intercideret. Quod non item fit in conditionali fideicommisso, si pendente conditione recuset heres hereditatem adire, tametsi interim moriatur. Nam etsi adiret, nihil tamen inde deberetur certo, quia fieri posset, ut conditio deficeret. Nihil ad rem pertinat, quod etiam quæ sunt in diem certum, ante diem peti non possunt. Hic enim fideicommissum ipsum est in diem: quod & ipsum, si hereditas sponte adita esset, peti ab herede ante diem non posset. At non est in diem aditio: sed jure placuit hanc statim velut debitam repræsentari etiam ei, cui fideicommissum in diem esset relictum, ne fideicommissum intercideret injuria heredis. Post ubi hereditatem coactus adiit, etiam ipsam cogitur simul restituere, & quidem ante diem. Sed ideo, quia declaravit se hanc retinere nolle, utpote quam periculo fideicommissarii adeat, quo ei statim restituat. *L. 4. D. ad Trebell.* Non est his contrarium, quod dicitur in *L. sed etsi ante.* 10. *D. ad Trebell.* etsi ante diem, vel ante conditionem restituta sit hereditas, non transferri actiones, quia non ita restituatur hereditas, ut testator rogavit. Jam enim dixi, diem hic accipiendum incertum. Primum quia diem hic conditioni similem facit Cajus, quod in diem incertum solum cadit. *L. dies. D. de cond. & dem.* Deinde quia verum non est in dia certo, eum qui ante diem quid restituit, non ita restituere, ut testator rogavit. Dies enim heredis caussa adjectus est. Cui liberum fuit renuntiare, ut voluit, nihil refragante voluntate testatoris. *L. pactum. D. de pact.*

XXIV. Altera defensio est heredi ex persona fideicommissarii, si dicatur, nihil ejus interesse hereditatem ei restitui; ut cui ita detur petitio, si quid ejus intersit. *L. recusare.* 6. *§. Titius. D. ad Treb.* Exceptio est generalis ad removendam omnem petitionem idonea, si dicatur, tua nihil interest. Quod enim dictum est de stipulationibus, pertinet ad omnem petitionem, quæ ex stipulatione, aut simili caussa nascitur, omnes inventas esse, ut quisque acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista. §. alteri. D. de verbor. oblig.* Et sana verum est illud Celsi ex manifesta ratione æquitatis ductum, ma-

litiis

litiis non esse indulgendum. Menifeste antem malitiosum est quid petere, quod petenti nihil prosit, noceat adversario; ubi denique id petas, unde nihil laturus sis, nisi ut officias. *L. in fundo. D. de rei vind.* Nihil interest fideicommissarii hereditatem ei restitui duobus modis, quibus itidem de caussis hic removetur: vel quia restituta bereditate nibil hebiturus est; vel quie quod accipiet, non est mansurum. Nihil habiturus est, si jem bona a creditoribus vendite sint. Unde nec edire hoc casu heres cogitur. *L. nam quod.* 14. *ad Treb.* Non est mansurum, si idem rogetus est alteri hereditetem restituere. Ideo de hoc ita seribit Papinianus in *L. si patroni.* 55. §. *qui fideicommissam.* vers. *secundum quæ D. ad Trebellian.* cum ita duo sunt fideicommissarii, ut horum prior rogatus sit posteriori restituere, dicendum, priore tantum desiderante, non esse cogendum institutum edire, ubi nulle portio remansure sit epud eum. Utique, si confestim, vel post tempus cum fructibus rogatus est reddere. Sed etsi rogatus sit reddere sine fructibus, negat, hanc quantitatem esse idoneam ed inferendam adeundi necessitatem. Adeo ipsum fideicommissum principale spectamua, quod mensurum non est; non eutem eccessionem. Addit tamen Pepinienus ihidem in ver. *quid ergo.* hoe ita esse, nisi prior fideicommissarius rogatus sit non elii, sed ipsi heredi restituere. Tunc enim fideicommissarii prioris interesse: non tantum quie quarta hereditetis epud eum menere debeat, quem heres adire coactus non potuit retinere: sed etiem quia manere debeat totum fideicommissum. Indignum enim videri, ut, qui destituit supremas voluntatis preces nolens sponte adire, consequatur eliquid ex voluntate. Ex quo placuit, heredem non cogendum adire, ubi fideicommissarii desiderantis id fieri nihil interest.

XXV. Quæsitum est, an non nec tune cogendus sit heres, eum fideicommissarius potuit bereditatem obtinere alio jure, quam per editionem, & restitutionem heredis: puta si is, cui restitui debuit ex fideicommisso bereditas, idem sit beredi substitutus, eut idem heres legitimus; eut filius, qui præteritus potuerit petere bonorum possessionem contre tabulas. Quibus omnibus casibus videri potest fideicommissarii nihil interesse, bereditatem ex fideicommissi causse sibi restitui, quam potest per se, & suo jure eliunde obtinere. Et plecuit in his omnibus nihilominus cogendum heredem hereditatem edire, & restituere. Substituto quidem, si substitutio sit onerata legatis, eut fideicommissis; cæteris autem duobus sine exceptione. *L. recusare.* 6. §. *Titius. L. ita.* 27. §. *qui rogatus. D. ad Treb.* Merito; quia substituti eperte interest id fieri, onereta substitutione. Cæterorum autem ideo, quia honestius est bereditatem retinere judicio defuncti, quam sine judicio; turpe etiem contre judicium obtinere velle, quam possis, elia vie æque commode ex judicio consequi.

XXVI. Quarta, & postrema ad recusandam aditionem caussa est heredi ex incommodo aditionis, si quod ille subire cogatur adeundo: & ea quidem causse justissima. Quodcumque enim est, quod alieni, non sui commodi caussa ab aliquo suscipitur, illud naturæ præceptum tenendum est, nulli in eo officium suum debere esse demnosum. *L. si servus.* §. *quod vero. D. de fur. L. sed si quis. D. test. quem ap.* Item illud, non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri. *L. non debet alteri. D. de regul. jur.* Et servatur hoc jus in hac quoque compulsione; quo fit, ut nunquem cogatur heres bereditetem, quem deinde restituat, edire cum incommodo suo. *L.* 4. *L. nam quod.* 14. §. *ultim. D. ad Treb.* Ideo si quod incommodum metuitur ex aditione: aut id averti debet, a fideicommissario; eut si avertere non vult, vel non potest, heres edire hereditetem non cogitur. Quod ex eorum incommodorum generibus intelligetur.

XXVII. Quatuor autem fere genera sunt eorum incommodorum, quæ ex editione nasci possunt heredi: incommodum personæ: damnum pecuniæ præstandæ: lucri delati cessatio; æris elieni onus.

XXVIII. Interdum agitur incommodum personæ; puta dignitetis, valetudinis, incolumitatis. Veluti si rogatus heres sit certo in loco hereditetem adire, & restituere, & eo ire non possit salva dignitate, valetudine, incolumitate, eut certe sine periculo. Hic remittetur necessites edeundi, satisque esse debebit fideicommissario, si ubi est heres, ibi bereditatem se adire dicat, & restituere. *L. recusare.* 6. §. *ultim. L. sed sciendum.* 7. & *L. seq. D. ad Trebell.*

XXIX. Interdum egitur damnum pecuniæ: ut, in eadem apecie, si rogatus heres certo loco adire, eo venire possit sine incommodo personæ: ettamen sumptus ed iter illi faciendi eint. Item si institutus sit sub conditione, si decem daret, siquidem vult adire, necesse est illi imple-

Digitized by Google

implere conditionem. Eoque & decem dare. Placet igitur utrumque incommodum a fideicommissario præstandum : idest, pecuniam ab illo offerendam heredi, quæ sufficiat ad sumptus itineris, & ad conditionem implendam. *d. L. sed sciendum.* 7. *L. si cui pure*, 31. §. *ultim. L. facta.* 63. §. *si dandæ, ad Trebel.*

XXX. Interdum objicitur damnum cessantis lucri, quod damnum alinqui hereditate non adita futurum esset. Ut in hac specie: Duobus heredibus institutis, uni legatum datum est sub conditione, si heres non esset, idem rogatus portionem suam hereditatis Titio restituere. Postulat ergo fideicommissarius, ut heres hereditatem adeat ex senatusconsulto, & restituat. Heres negat, se cogendum : quoniam non possit adeundo heres fieri, quin legatum amittat, quod datum erat hac conditione, si heres non esset. Cum incommodo autem suo adire cogi se debere negat. Quod & verum est. Ideo hic placuit, offerri ei oportere quantitatem legati a fideicommissario, deinde cogendum. Nec legatum eum a coherede petere posse, quasi non adisset. Adiit enim quamvis coactus; sed magis a fideicommissario ei præstandum. *L. apud.* 11. *in princ. ad Trebell.*

XXXI. Postremo nonnunquam metuitur onus æris alieni. Est enim interdum, cum heres adire non possit, quamvis restituat, quod jussus est, quin obstrictus maneat pro parte, aut etiam periculum sit, ne in totum obstringatur hereditati. Semper futurum est, ut obstrictus relinquatur pro parte, si nihil amplius restituit, quam quod jussus est; cum aut rogatus est hereditatis partem restituere; aut ita rogatus est restituere totam hereditatem, ut rogatus sit restituere duobus, quorum alter velit sibi restitui, alter recuset. Apparet enim, utroque casu restituta parte hereditatis, quæ petitur, semper alteram partem penes heredem mansuram, ex qua ille obstringatur. Num igitur non cogetur hereditatem adire propter hoc incommodum, & fideicommissum intercidet? Et futurum erat, nisi senatus in his casibus opem tulisset. Dici enim poterat, nec heredem hac lege adire cogendum, ut parte hereditatis oneraretur; nec rursum esse in potestate ejus totam restituere uni, ut quidem ex Trebelliano transeant actiones, cum de parte solum restituenda sit rogatus: eo autem senatusconsulto non transeant actiones nisi ab eo herede, qui fidei suæ commissum, sicuti rogatus erat, restituerit. *L.* 1. *ad Treb.* Sed, ut dixi, senatus succurrit, censuitque si fideicommissarius desideraret, totam hereditatem periculo suo adiri, & sibi restitui, esse audiendum; & ne inutilis sit totius hereditatis restitutio, ubi pars tantum peti potuit ex fideicommisso: placuit, tota hereditate restituta, exonerari utroque casu heredem, totamque hereditatem transire ad eum, qui cogit, ut ei, & adversus eum actiones competant, quasi ex Trebelliano restituta hereditate. Hæc in *L. cogi.* 16. §. *si quis heres.* §. *cum quidam D. ad Treb.* Recte, quasi ex Trebelliano restituta hereditate. Nam re vera non erat restituta ex senatusconsulto, cum pars altera restituta esset, præterquam quod fidei heredis commissum erat.

XXXII. Totius autem æris alieni periculum imminet, quamvis restituta hereditate, cum fideicommissum hereditatis relictum est sub conditione, & pendente conditione desiderat heres, hereditatem adiri, & sibi restitui. Quid enim, si fideicommissi conditio deficiat postea? Futurum est, ut cum ex eventu apparuerit, nullum fuisse fideicommissum, eoque & nullam restitutionem, necesse sit, eumdem heredem manere, qui prius adierat. Quid ergo hic fiet? Et jam ante ostendi, propria ratione excludi hic fideicommissarium; quia scilicet peteret præpropere, cui nihil dum deberetur. Sed tamen hanc speciem excipi diximus; nisi si cui libertas pure relicta esset, & hereditas sub conditione. Qua in specie si cogitur heres pendente conditione adire hereditatem, & restituere: semper prius illud periculum manet, quod objici heredi invito iniquum est. Potest enim conditio non existere, qua deficiente, non potest jure communi effugere, quin heres maneat, qui semel exstitit. *L. ait.* §. *sed quod Papinianus. D. de mi.* Et hoc rursum ita esset futurum, eoque nec cogendus esset heres hoc casu hereditatem adire; nisi huic incommodo occursum esset constitutionibus. Prospectum est autem ita constitutione Divi Pii, ut, quo casu placet compelli heredem ad adeundum, si conditio deficiat, maneat quidem libertas, heredis autem aditio perinde habeatur, quasi non intervenisset, nec heres exstitisset. *L. apud* 11. §. *ultim. ad Trebell.*

XXXIII. Neque tamen cum eidem libertas pure, & hereditas sub conditione per fideicommissum relicta est, statim placuit, desiderante fideicommissario pendente conditione cogi posse heredem hereditatem adire; sed tunc solum, cum ab uno utrumque relictum est, & is unus est

heres. Sic enim & servus adita hereditate fit liber, eoque is, cui hereditas ex fideicommisso restitui possit; & interest ejus hereditatem atatim adiri; cum alius nemo sit, quo adeunte, testamentum confirmetur: fieri autem possit, ut hic moriatur pendente conditione. Quo moriente ante aditam hereditatem futurum est, ut libertas, & fideicommissum evanescat. Cæterum si aut a diversis libertas, & fideicommissum data sint; aut ab uno quidem, sed cum alius coheres esset institutus: cessat constitutio, nec cogi potest heres pendente conditiona fideicommissi adire hereditatem. Priore quidem casu; quia hereditas adita non potest fideicommissario nondum manumisso restitui: unde eventurum sit, ut onus hereditatis penes heredem resideat; quod non est ferendum. Posteriore autem, quia non est necesse pendente conditione fideicommissi hereditatem adiri ab eo, a quo relictum est, ut fideicommissum confirmetur: ubi altero adeunte confirmetur testamentum, & non cum testamento spes fideicommissi.

XXXIV. Prior species est, cum servus duobus heredibus institutis ab altero libertatem, ab altero fideicommissum hereditatis accepit. Si neuter adire valit, negat Papinianus, ullas partes esse prætoris; quia neque is, a quo libertas relicta est, propter solam libertatem compellatur adire; neque is, a quo libertas data non est, propter eum, qui nondum liber est, ut adeat, compellatur. *L. si res.* 52. §. 1. *ad Trebell.*

XXXV. Idem est eodem auctore, si cui libertas a legatario, hereditas ab herede relicta sit. *L. non est cogendus.* 53. *eod.*

XXXVI. Posterior species est, cum duobus heredibus institutis, ab uno libertas pure, & hereditas simul sub conditione relicta est, alter autem hereditatem adivit. Non debet, inquam, hoc casu conditione pendente cogi is adire, a quo fideicommissum relictum est, quæ sententia est *L. sed cum.* 12. *D. ad Trebell.* ut recte Accursius accepit. Et habet hanc rationem, quod hoc casu inutile sit fideicommissario ante conditionem cogi heredem: cum altero herede adeunte, jam inde in omnem eventum consultum sit fideicommissario. Nam, si implata conditione vivet heres, a quo fideicommissum relictum est, cogi potest hereditatem adire, & restituere. Si pendente conditiona moritur: tamen nihilominus, conditione postea impleta, fideicommissum debebitur. Deficientis enim heredis portio accrescit coheredi, qui suam portionem adivit, & accrescit cum eodem onere fideicommissi. *L. unica.* §. *his ita. C. de cad. tol.* Et quod adjicitur in *dict. L.* 12. *ad Trebell.* neque pupillum extra ordinem juvandum, præsertim si novum beneficium cum injuria alterius postularetur, hanc sententiam habet: etiam si cesset pupillus, cui libertas pure, & hereditas sub conditione relicta est: tamen non esse eum propter ætatem juvandum, ut, eo desiderante, is heres, a quo hæc duo simul relicta sunt, cogatur hereditatem pendente conditione adire, & pupillo restituere. Quia id novum beneficium esset, & postularetur cum injuria heredis; qui regulariter pendente conditione fideicommissi facere, aut præstare quid invitus non debet. *L. legata.* 41. *D. de cond. & dem.* Ubi notandum est, pupillum a Papiniano abusive dictum esse de servo impubere, cum proprie usurpetur hoc verbum de liberis impuberibus, qui morte patris, vel emancipatione sui juris esse cœperunt. *L. pupillus. D. de verborum signific.*

XXXVII. Ejusdem generis incommodum est, cum fideicommissario absente petit procurator ejus ab herede, ut hereditatem adeat, & restituat. Fieri enim potest, ut restituta procuratori hereditate, priusquam is redierit, & restituerit hereditatem fideicommissario, decedat, atque ita nullo exsistente fideicommissario, relinquatur heres obstrictus actionibus hereditariis. Unde quæsitum, an procuratore prætorem adeunte cogendus sit heres adire hereditatem, & illi restituere. Quæstio *dict. L. apud.* 11. §. *utrum. ad Trebell.* quo loco Ulpianus disserit, recte per procuratorem hæc desiderari, & [12] impetrari debere. De incommodo æris alieni, & onerum hareditariorum respondet, hoc non esse metuendum heradi; quia si procurator nondum restituta hereditate decedat, perinde debeat haberi, ac si heres hereditatem non adiisset. Idque recte defendi ex sententia constitutionis D. Pii, de qua supra diximus. Quam ideo per hujusmodi occasionem refert, & speciem, ad quam constitutio accomodata erat, exponit. Ex qua tandem colligit, & in quæstione proposita idem admittendum. *Hoc in L. ille.* 13. *in pr. eod.* Si nulla ex his caussis suppetet heredi ad recusandam

12) Vid. Chiflet. *Lib.* 4. *de Jure fideicomm. C.* 3 & 4. Fab. 18. *Conject.* 7 ubi *d. L.* 11. §. *ul.* totam Triboniano, quem miseram mire insectatur, tribuit.

dam ditionem: tum id jus manebit, quod supra posuimus, cogi eum desiderante fideicommissario hereditatem adire, & restituere. *d. L. 4. ad Treb.* Nec contrarium est, quod traditur in *L. nec emere. C. de jur. del.* neminem damnosam hereditatem adire compelli. Hoc enim dictum est de illis, qui sibi adeunt hereditatem, non autem de his qui adeunt, ut alii restituant, de quibus nunc agitur. Hi non adeunt damnosam sibi hereditatem, cum restituta hereditate nullum his damnum futurum sit translatis in fideicommissarium actionibus. *d. L. 4. ad Treb.*

CAP. XXIII.

Per quem cogi possit heres rogatus hereditatem adire: & quæ remedia ad cogendum.

Heres fiduciarius adire cogitur per Prætorem. I.
Prætoris *verbo quis intelligatur.* II.
Quid si fiduciarius heres sit ipse Prætor. III.
Ad postulationem hujus aditionis datur actio ex S. C. extraordinaria, qua heres in judicio conveniatur. IV.
Si non veniat, multa dicitur, pignora capiuntur, quæ sunt remedia Prætoris. V.
Quid si in contumacia persistat. VI.

I. CUm cogi poterit heres, ut adeat: restant posteriora duo, quæ proposnimus, ut videamus, per quem cogi possit, & quibus remediis. Cogitur heres per prætorem, ut est in *d. L. 4. ad Treb. §. sed si recusabat. Inst. eod.*

II. *Prætoris* [1] verbo intelligere debemus omnem, qui in aliqua civitate juri dicundo præest, & summum imperium habet in jurisdictione: ita ut ab eo tantum provocatio sit ad principem, aut id consilium, seu magistratum, qui principis personam sustinet, ut colligere est ex *L. ille. 13. §. pen. ad Treb.*

III. Sic tamen cogi potest heres per prætorem, nisi sit ipse prætor institutus heres, & rogatus hereditatem restituere. Tum enim, ut ibidem disseritur, cogi non potest neque ipse a se, neque ab alio magistratu. A se quidem nullo modo: cum non possit se cogere, nisi idem sit, qui cogat, & simul qui cogatur: quod natura non patitur. Cogit enim quisque volens: cogitur autem non nisi invitus. Quæ duo tam aperte contraria in eamdem personam eodem tempore concurrere non possunt. Sed nec cogi potest ab alio magistratu: quis cum eum magistratum posuerimus, qui, quod summum est in jurisdictione, habeat, non est alius magistratus, qui quidem principis vice non fungatur, nisi aut par, aut inferior. Par autem in parem imperium non habet: multo minus inferior in superiorem. *L. 3. §. ult. L. 4. D. de recep. & qui arb. rec.* Plane si prætor institutus heres, & rogatus restituere, vocatus ad alium prætorem, aut inferiorem etiam magistratum; subjiciat se horum jurisdictioni, in consentientem cujusvis judicis, qui jurisdictionem habet, est jurisdictio. *L. 1. D. de jud.* Quibus autem casibus cogi non poterit prætor, implorandum erit auxilium principis *d. L. ille. §. pen. ad Treb.*

IV. Sed qua via tota hæc postulatio instituetur, & transigetur apud prætorem? Judicio: unde & heres a quo desideratur apud prætorem, ut adeat, dicitur hac de re judicium accipere cogi, in *L. si legatus. 30. ad Treb.* Ex quo intelligitur, prætorem in hac caussa judicem esse: in eo judicio disceptari eas caussas recusatæ aditionis, de quibus diximus, re autem cognita prætorem de re judicare debere, idest, sententiam ferre, qua vel absolvat heredem ob aliquam ex suprascriptis caussis; vel condemnet, ut adeat, si nullam recusandi justam caussam comperiet. Hoc enim continet judicii, & rei judicatæ verbum. *L. 1. D. de re. jud.* Atqui nullum est judi–

[1] Nam & Præses venit generali appellatione Prætoris *L. 2. §. 2. Quis ordo in bon. poss. serv. L. 11. de reb. cor. qui sub tut. junct. L. 1. §. 2. eod.* adde *not. supr. Lib. 1. Cap. 8. N. 7.* Olim autem non Prætor urbanus de fideicommissis jus dicebat, sed certus, & proprius, dictus Prætor fideicommissarius §. 1. *in fi. I. h. t. L. 2. §. capto 32. de O. I.* Ulpian. *in Frag. tit. 25. §. 12.* Cujus tamen jurisdictio, & cognitio intra certam summam consistebat, quam si excederet fideicommissum, Consulis erat cognitio. Quintil 3. C. 8. Non debes, inquit, apud Prætorem petere fideicommissum, sed apud Consulem. Major enim prætoria cognitione summa est. Cujus rei vestigia in *L. 39. pr. de leg. 2. L. 3. vers. Divus Pius. &c. de alim. leg.* vid. Revar. *ad L. 33. de R. I.* Chiflet. *Lib. 1. de Jure fideicomm. C. 3.*

judicium privatum sine actione. Nam si recte definitur actio, jus persequendi judicio, quod nobis debetur: *L. nihil. D. de obl. & act.* vis hæc est rectæ definitionis, ut vice versa omne jus persequendi judicio, quod nobis debetur, sit actio. Quæ igitur ad postulationem hujus aditionis actio esse potest cum herede, qui nihil fecit, quo esset fideicommissario obligatus? Est in hanc rem [2] extraordinaria persecutio fideicommissi, quæ commemoratur in *L. pecuniæ. §. actionis. D. de verb. sig.* Sic enim dicitur persecutio fideicommissi, non tantum quæ recta persequitur fideicommissi restitutionem solam; sed etiam id, ex quo illa restitutio nascitur, & sine quo restitutio esse non potest. Ea autem est hereditatis aditio, cum hujus ipsius restitutione: Et quidem ad hanc aditionem præcipue est [3] extraordinaria persecutio. Nam præter cætera, quæ fiunt extra ordinem in omni persecutione fideicommissorum, hoc est proprie in hac specie, quod extra consuetum ordinem, & morem actionum in personam hic actio constituta videri potest sine obligatione; cum jure usitato, & communi nulla sit actio in personam, nisi adversus obligatum. *L. actionum. D. de obl. et act. §. 1. Inst. de act.* Est tamen & hæc persecutio quodammodo ex obligatione: senatusconsulto ex voluntate defuncti hanc necessitatem imponente heredi honesti officii caussa, ut rogatus hereditatem restituere, hanc adeat, & restituat, quando id fit sine ullo damno ejus.

V. Quid, si jussus a prætore adire heres, imperio seu sententiæ prætoris non pareat? Sequitur tertium ex tribus propositis, ut cogatur a prætore. Quibus ergo remediis? Nam de hac parte nusquam quidquam traditum legimus neque sub *Tit. ad Trebellianum*, neque *Inst. de fid. her.* neque alibi. Cogetur vero heres iis remediis, quæ dicuntur remedia prætoris. Multam dicet, nisi heres adeat intra illum diem: tum pignora capiet, ubi non paruerit: quibus distractis pecunia efficiatur, quæ dicta est. Sunt hæc, inquam, quæ dicuntur remedia prætoris in *L. 1. §. ex hoc rescripto. D. de insp. ven.* Atque his uti præturem in hac caussa ad cogendum heredam intelligi potest ex simillimo genere compulsionis, quod inducitur edicto prætoris de iis, qui arbitrium receperunt. Eo edicto cavet prætor, si quis arbitrium pecunia compromissa receperit, eum se sententiam dicere coacturum. *L. 3. §. 1. L. licet. D. de rec. & qui arb. rec.* Quid ergo, si arbiter sententiam dicere jussus non dicat, aut cum latitaret, quæsitus non paruerit? Traditur in *L. non distinguemus. §. si arbiter, eo tit.* multam adversus eum dicendam esse. Sit ergo & in hac specie eadem ista ratio cogendi. Ratio plane tum necessaria, cum pendente conditione fideicommissi postulatur aditio, quod interdum fieri supra diximus: cum fideicommissi ipsius caussa nulla sit adhuc petitio.

VI. Quid tamen, si heres contumax nec metu multæ moveatur, ut hereditatem adeat? Puto, si præsens fideicommissum est, ita consulendum fideicommissario, ut actio in factum ei detur in heredem in id, quod sua interest, ne fideicommissarius damno afficiatur; neve imperium senatusconsulti, & decretum prætoris sit elusorium. Ejusque sententiæ ratio constat ex principiis juris certi. Quotiescumque enim obligatus quis est in hoc, ut quid faciat: si non facit, obligatio, & actio, & condemnatio est in id quod interest. *L. si pœnam. L. stipulationes non dividuntur. ver. Celsus. D. de ver. obl. L. 1. in pr. D. de act. emt. L. si quis ab alio in fi. D. de re jud.* At heres rogatus restituere hereditatem, obligatus est senatusconsulto, ut fideicommissario desiderante hereditatem adeat. Senatusconsulto enim imponitur ei necessitas adeundi; atque hæc necessitas nihil aliud est, nisi obligatio, cum ita definiatur obligatio, vinculum juris, quo adstringitur quis necessitate alicujus rei præstandæ. *Inst. de obl. in pr.* Quo fit, ut si heres hac necessitate adstrictus jussus a prætore non adeat, sit actio fideicommissario in id, quod ejus interest. Quapropter hanc quoque actionem prætor dabit fideicommissario, si is postulabit, id est ita agentem admittet, & heredem pergentem recusare in id, quod interest ejus, condemnabit. Intelligimusque hanc ipsam actionem numerandam esse inter remedia prætoris, quibus cogatur heres hereditatem adire. Nam & per metum actionis in factum cogi quem a prætore, scriptum est in *L. quædam.*

2) Chiflet *d. C. 3* Non poterat, inquit, deri personalis actio ex testamento ante aditionem ad cogendum ut adeat, & restituat, cum non antea heres quasi contraxerit; post aditem vero hereditatem dabatur personalis actio *L. 52. de judic. L. C. de mort. ca. don* Et F. Greg. 42. *Synt.* 29 *n.* 11. Cot tamen fieri officio judicis, si adire renuit fiduciarius, ein adit. & restituere non vult actione directa, vel utili ex testamento.

3) Ulpian. *tit.* 25. § 12. Fideicommissa non per formulam petuntur, &c. vid. Paul. 4. *Sent.* 2. § 18. Chiflet. *d. Lib.* 1 *C.* 3 & *C.* 5. Vasq *Lib.* 2 *de Success. progressu* §. 17. *Requisito* 28 *n.* 128.

dam. in pr. D. de ed. Et constat ex omnibus edictis, prætoris esse ut prætoris, actionem dare, seu admittere quem ad agendum: uti & illud prætoris in pœna irroganda, denegare alicui jurisdictionem, cum res exigit. *L. sed etsi §. ait D. ex quib. caus. mai.*

CAP. XXIV.

Restitutionem fideicommissariæ hereditatis transigi consensu mutuo restituentis heredis, & suscipientis fideicommissarii; nec sine consensu transigi. Hinc tractatum, quid juris de hac restitutione, si istorum alteruter erit furiosus, infans, aut alioqui impubes. Traditionem hic non desiderari: solum consensum sufficere. Quibus rebus hic consensus declaretur.

I. CUm ex his, quæ supra scripta sunt, nihil erit, quod morsm, aut dubitationem injiciat fideicommisso, dum intelligitur, in re quid quantumve; in circumstantiis præstationis, cui, a quo, & quando præstandum sit: tum scilicet omni remora sublata, recte pervenietur ad restitutionem, de qua cœpimus dicere, quæreturque quomodo ea transigatur. Et hoc primum de ea statuendum, constare eam consensu, ut non prius restituta hereditas intelligatur, quam heres restitutam voluerit. Sed & susceptio, quam in fideicommissario exigimus, sine qua ne restitutio quidem est, eodem consensu peragitur. *L. restituta 37. D. ad Treb.* Certe nulli invito fideicommissa hereditas acquiritur. Quod restituendi verbum satis indicat. Non enim restituitur quid, nisi sit, qui accipiat; nec vero accipit quisquam, nisi volens. Omninoque invito beneficium non datur. *L. invito. D. de reg. jur.* Quod tamen sic accipiemus, nisi sit, quod objici possit fideicommissario, quo fiat, ne possit oblatam hereditatem recusare. Quod accidit, si postulante eo heres coactus a prætore hereditatem adierit. Tum enim placet, si fideicommissarius nolit eam postea restituere, perinde in eum a prætore actiones dandas, ac si hereditatem recepisset. *L. si postulante 67. D. ad Treb.* Scilicet quia fideicommissarius postulat suo periculo adiri, ut sibi restituatur. *L. 4. ad Trebell.* Nemo autem potest voluntatem, aut consilium mutare in alterius injuriam. *L. nemo potest mutare. D. de reg. jur.* Idem probandum in herede fideicommissarii, si forte mortuo fideicommissario prius, quam hereditas ei restitueretur, heres ejus recuset accipere. Cur enim, inquit Marcellus, recusaret heres, quod recusare non potuit is, cujus hereditatem suscepit? Hoc ille in *L. postulante. in pr. 44. ad Treb.* quasi diceret, heredem eodem jure cum defuncto uti debere, quod regula juris traditur. *L. qui in jus. D. de reg. jur.*

II. Cum hic utriusque consensum requiramus & heredis, & fideicommissarii; quid fiet, si alteruter non intelligat, quod agitur, ut consentire omnino, aut certo consentire non possit? Propone furiosum, infantem, impuberem esse. Et de herede rogato restituere, si in aliqua harum rerum

rum caussa sit, minus laboratur: cum restituta hereditate futurum sit, non ut obligetur, sed ut exoneretur, & quidem coactus judicio testatoris. Et tamen in hujus quoque persona esse aliquem oportet, qui consensu restituat. Quid ergo, si heres rogatus restituere, furiosus sit? Placet, rem per curatorem solum furiosi transigi posse, ut, is nomine furiosi bonorum possessione accepta, possit transferre actiones. *L. cum heres.* 35. *D. ad Treb. L. sancimus. in fi. C. eod.*

III. Idem constitutum in infante rogato, ut & [1] tutor hujus solus possit restituere. *d. L. sancimus in fi.*

IV. Pupillo autem, qui infantiam excesserit, rogato, placuit ipsum restituere debere: auctore quidem tutore; sed tamen ipsum debere: non posse autem tutorem sine pupillo. *L. restituta.* 37. §. 1. *ad Treb.* Nempe quia in hoc consensus aliquis esse potest, qui propterea merito expectetur, qui tamen ut in aliis negotiis confirmandus sit adhibita tutoris auctoritate, ut in re speciem alienationis habenta. In furioso, & infante frustra exspectetur consensus, qui in his natura nullus est. *L. in negotiis. D. de reg. jur. L. pupillus. D. de acq. her.*

V. Atque hæc ad translationem hereditatis idem tantum requiri, quia superiores personæ consentire, ut oportet, non possint, ex eo licebit intelligere, quod si in aliquo herede rogato erit consensus, qualis est etiam in adolescentibus dum puberibus, placet, eum recte restituere hereditatem, ut quamvis propter ætatem curatorem habeat, non sit tamen necessaria ei auctoritas ad restitutionem. *L.* 1. §. *fuit. D. ad Treb.* Et recte: nihil enim hic [2] alienat suum re vera minor, aut ulla in re deteriorem conditionem suam facit, qui alienam hereditatem rogatus restituere, restituit, ut scripsi ad *L. puberes.* 101. in extremo. *D. de verb. obl.* Ne pupillus quidem aliud faceret restituendo hereditatem. Sed præterquam quod res hic geritur alienationi similis, etiam hoc accedit, quod deest pupillo consensus certus, sine quo non videtur restitui posse hereditas. Ideo quod hic consensui deest, visum est debere auctoritate tutoris suppleri. *d. L. pupillus, D. de acq. her.*

VI. Quid e converso, si hereditas jussa sit restitui furioso? Non potest omnino ei hereditas acquiri. Sed fiet in hujus persona, quod de furioso herede instituto supra diximus, & quod de omni successione furioso delata generaliter constitutum est a Justiniano in *L. ult.* §. *tali. C. de cur. fur.* ut hereditas, si curatori non damnosa visa est, tradatur curatori administranda ea lege, quæ illic præscribitur, ut si fideicommissarius ad se redierit, statuat de hereditate suscipienda, aut recusanda, ut videtur. Sin in eodem furore decesserit, hereditas maneat penes eos, penes quos mansura fuisset, si fideicommissum nihil obstitisset. Jus idem in fideicommissaria hereditatis restitutione nominatim confirmatum alia ejusdem principis constitutione, *L. sancimus. in pr. C. ad Treb.*

VII. Quid si pupillo restituenda sit hereditas? Ei qui infantiam excessisset, restitui posse semper constitit, dum id tutore auctore fieret. Cæterum & illud constat sine tutoris auctoritate restitui ei non posse. *L. restituta.* 37. §. 1. *D. ad Treb.* Quia etsi quivis consensus in pupillo ad acquirendam etiam sine tutoris auctoritate valet: hic tamen damnum metuitur propter onera hereditati adjuncta. Adversus quod periculum tutoris auctoritate prospicitur. §. *neque tamen. Inst. de auct. tut.* Quid, tutori intelligenti, & lucrosam esse hereditatem judicanti, an non recte restituetur sine pupillo? Non potest. Pupilli actus, & voluntas est necessaria, ut & in hereditate adeunda. *L. sed nec.* 39. *D. ad Treb. L. potuit. C. de jur. del.* Primum quia res hic acquiritur consensu: acquiritur autem pupillo; non tutori. Deinde quia de obligando pupillo hic quoque agitur; quem invitum obligare iniquum est, quamdiu velle aliquid potest, & licet ejus consensum adhibere. *arg. in L.* 6. *in pr. D. de acq. her.* Justinianus tamen hic exceptionem addidit, nisi pupillus absit. Quo casu voluit & tutori soli recte restitui impuberis nomine hereditatem. *L. sancimus. in pr. C. ad Treb.*

VIII. Quid, si restituenda erit hereditas infanti? Laborabant in eo veteres. Nam neque absque facto ejus putabant ei here-

1) Quod si tutori ipsi restituenda sit hereditas, nec eo auctore potest, *L.* 37. §. 1. *L.* 1. §. 13. ubi ratio *hoc tit.* vid. Donell. noster *ad L. pen. C. h. tit.* Chiflet. *Lib.* 4. *de Jure fideic. C.* 1. ubi diversum putat obtinere in fideicommissis particularibus, quæ a simplici debito quoad hoc non distent. Tutori autem se auctore solvi potest, *L.* 9. §. 5. *de admin. tut.* Quia in hereditate restituenda majori cautione opus est, utrum videlicet volens quis, an coactus adeat *L.* 45. *h. t.* Chiflet. *d. loc.* Vel quia pecuniæ solutio naturalis est, actiones autem solem ex animo consistunt, ideoque non nisi anima, & voluntate ejus, in quo subsistunt, transferuntur. Donell. *ad d. L. pen. n.* 4.

2) Ita & Don. noster *ad L.* 101. *de V. O. cir. fin.* per hoc non probari contendens minorem sine curatore se obligare, resve suas alienare posse.

hereditatem acqoiri posse accedente etiam tutoris suctoritate, ueque rorsum satis idoneus videbator iofaos, qui quidquam posset gerere. *L. in negotiis. D. de reg. jur.* Ex quo disputatio Mæciani in *L. servo.* 65. §. *si pupillo* , *ad Treb.* quæreotis , quomodo acquisitio , & restitutio hereditatis in hujus persona transigatur. Et taodem conclodit , infantem heredem institutum saltem pro herede gerere posse tutore auctore. Eodem exemplo & ei tutore auctore restitui posse hereditatem. Sed animadversum est postea [3] nimiæ subtilitatis esse, ne dicam superstitiosæ , & prope iueptæ, exigere ejus actum ad significationem alicujus voluntatis , qui quod ageretur, non intelligeret. Ideo visum est Theodosio primom, deinde Justiniano remissa omni præsentia, & actu externo iofantis concedere ejus tntori admittere infantis oomine hereditatis restitutiooem, eo usque nt & infanti hereditas acquiratur, *L. si infanti. C. de jur. del. d. L. sancimus. in pr. C. ad Treb.* Addidit Theodosius & per parentem infanti hereditatem quæri posse. *d. L. si infanti.*

IX. Ergo restitutionem hereditatis fideicommissariæ nisi consensu non peragi tanemus , in quibus modo sit hic consensus. Sed utrum peragitur consensu solo , an vero hic etiam amplius aliquid intervenire oportet ? Videamus. Puta traditionem rerum , ut fit in petitione hereditatis , in qua possessor de hereditate victus cogitor res hereditarias , quarum nomine conveniebatur , restituere. Et meminerimus , hic agi de restitutione oon corporum ant siogularum rerum , sed hereditatis : hereditatem autem jus esse, id est, rem incorporalem in jure consistentem , quæ & sioe ullo corpore juris iotellectum habet. *Instit. de reb. corp. & incor. L. hereditas. D. de her. pet.* Quo fit, ut talis hic restitutio intelligi debeat, qualis rei , quæ restituitur , potest convenire: nimirum incorporalis rei, & ipsa iocorporalis restitntio. Et vero talis hic recepta est. Ideo placuit , ut sicut hereditas res est , quæ animo intelligitnr, sic restituatur animo, & eo solo; ut quemadmodum non transigitur hæc restitutio nisi consensu heredis , & fideicommissarii , aut si qui sunt interdum , qui horum vicem supplent: sic consensu eorom intervenieote, nihil desideretur amplius. Qui fit igitur , ut oon sufficiat hujusmodi restitutio in hereditatis petitione , sed res ipsæ singulæ a possessore restituendæ siut ? *L. licet. D. de her. pet.* Quia non id agit in hac petitione actor, ut heres fiat ista restitutione, cum potius ideo hereditatem petat , quia jam ante sit heres. Et si heres non esset , non tameo consequeretur hereditatem a possessore, quem negat esse heredem. Sed cum sit heres, vult obtinere res singulas , quæ ab alio possidentur. Quod cum non aliter consequitur , quam earum rerum restitotione, ideo de hac sola in petitione hereditatis agitur. Alia caussa est restitutionis fideicommissariæ , in qua id agitur , ot hereditas ipsa quæ fideicommissarii non est , in eom transferatur. Quam ad rem valet ea restitutio, qoam dixi. Deoique traditio ad eam restitutiooem est inutilis. Nam hereditas ipsa tradi noo potest. Est enim res incorporalis. *Inst. de reb. corp. & incorp.* Incorporalia traditiooem noo recipiunt. *L. servus.* §. *incorporalis.* Res hereditariæ tradi possunt. Sed hæ oon suot hereditas. *d. tit. de reb. corp. & inc.* Nuoe autem de hereditate restituenda agitur. Non de rebus hereditariis. Sic ergo recte , restituta hereditas intelligatur destinatione animi sola, cum heres hoc animo fuerit , ut restitutam vellet ; fideicommissarius consentiens hoc eodem animo sosceperit. *d. L. restituta.* 37. *ad Treb.* Qua ratione fit, ot quemadmodum hereditas , quæ animo acquiritur , contraria destinatione animi , id est repudiatione , amittitor : sic amittatur & fideicommissaria hereditas fideicommissario , simul atque recusaverit fideicommissum. *L. si patroni.* 55. §. *qui fideicommissam*

3) Chilet. *Lib.* 4. *de Jure fidelc.* C. 2. p. m. 1047. non satis penticulate dixisse Mætianum in *d. L.* 65. §. 3. infanti restitui posse tutore auctore, cum auctoritas tutoris infantis consensum, qui nullus est, uti & furiosi, supplere non possit. Inconcinnam ibidem haberi comparationem infantis, & muti, cum tamen mutus velle, & voluntatem suam exprimere nutu possit. Verum pro IC. responderi potest, eum non exigere actum aliquem infantis. Simpliciter enim, & satis clare dicit, *heredem compelli per tutorem adire, & restituere*: non vero *per pupillum , auctore tutore.* Quod autem ibidem habetur infantem, *tutore auctore pro herede gerere posse*, potius quam ut IC. insectemur, dicamus verbo, *tutore auctore*, significare non consensus adhibitionem, & præstationem facto pupilli, sed ipsius tutoris gestionem , quando ipse auctor est alicujus rei, vel facti, ex quo animus agnoscendæ hereditatis nomine infantis appareat, & eo modo tunc dici pupillum *videri* (quod verbum probe notetur) pro herede gerere , quo & alias sæpe quod alius meo nomine, aut mandatu facit, ipse fecisse videor. Atque ita nec ineptæ subtilitatis IC arguere, cum Donello, nec inaccuratioris, cum Chiletio, necesse habebimus, nec aliam correctionem legis alicujus Pandectarum per legem Codicis, quæ anteriores Justiniano Imperatore auctores habet, neque est una decisionum Codici emendato insertarum, agnoscere. Neque inconcinna est similitudo infantis. & muti illius scilicet muti *qui nihil intelligere potest*, ut loquitur Mætianus, qui & audiendi sensu caret, quique judicio carere dicitur *L.* 12. §. 2. *de judic.* Neque etiam infans, licet furioso plurica adjungatur , eidem omnimodo exæquandus, sed cum furiosus nullum habeat, is non plenum animi affectum habere dicitur. *L.* 3. *C. de acq. poss.*

missam. vers. *quod si prior. ad Trebell.*

X. Si animus ad hanc [4] restitutionem satis est : necesse est in eo idem evenire, quod in cæteris, quæ animo, & consensu solo geruntur, ut quocumque modo hic animus declaratur, satis sit ad restitutionem. Declaratur autem, ut fit & in aliis caussis, tum re, tum verbis, eodem utrobique effectu.

XI. Re; si patiatur heres possideri a fideicommissario [5] res hereditarias, vel omnes, vel aliquas hac mente, ut vellet restituere, & ille suscipere. *d. L. restituta.* Quod velle uterque intelligitur in re dubia, si non probetur alteruter putasse rem ex alia caussa possideri. Ut & ille in hereditate restituenda dolo carere, & hic suo potius jure re uti existimetur. *arg. in L. merito, D. pro soc.*

XII. Verbis; si dixit heres, se fideicommissario restituere hereditatem, ille significat se suscipere. *d. L. restituta.* Quæ verba utrum interponantur inter præsentes, an inter absentes per nuntium aut epistolam, ad consensum, & restitutionem nihil interest. *ead. L. restituta.* Ut accidit in omnibus iis quæ consensu inter aliquos geruntur. §. 1. *Instit. de ob. ex cons.*

XIII. Sed & per quem restituatur hereditas, aut cui, per heredemne, an per alium : fideicommissario ipsi, an alii cuilibet, ne hoc quidem quidquam interest: dum volente herede restituatur, & restituatur volente fideicommissario, *d. L. restituta*, *L. quamvis*, 40. §. *ultim.* & duabus seqq. *L. servo*, 65. §. *ult. D. ad Treb.*

XIV. In quo ad consensum, & voluntatem utriusque ne illud quidem interest, utrum jubentibus, & mandantibus his ab initio hæc fiant; an, cum facta sunt, restitutionem ratam habuerint. *d. L. restituta.* 37. *in fin. prin. L. si legatus.* 30. §. *si filiofamilias. eod.*

XV. Ideo utrum servus, vel filiusfamilias heredes instituti sint, an his per fideicommissum, relicta sit hereditas, hoc ad acquisitionem hereditas interest; quod hereditatem isti adire non possunt, nisi jussu domini, aut patris præcedente, quibus acquiritur: eamdem admittere ex fideicommisso restitutam possunt, ut si postea dominus, vel pater ratum habuerint, confirmetur restitutio. *L. servo.* 65. *in princ. ad Trebell.* Quod & in bonorum possessionibus delata servatur. *d. L. servo. L.* 6. *in princ. de acquir. her.*

XVI. Quinetiam ut intelligeremus acquisitionem hanc totam fideicommissariæ hereditatis constare consensu solo eorum, quibus ex ea caussa acquiritur; placuit, fideicommissariam hereditatem servo, aut filiofamilias restitui jussam hoc amplius admittere, quam bonorum etiam possessionem: quod in hac fideicommissaria acquirenda consensu, aut opera servi, vel filii opus non est; quæ alioqui in hereditate, & bonorum possessione per hos acquirenda necessaria est: sed postulante domino, aut patre, cui quidem acquiratur, recte cogi heredem adire hereditatem, & his ipsis restitutam transferri. *d. L. servo. in pr. ad Treb.*

CAP.

4) Chiflet. *Lib.* 4. *C.* 3. Restitutionem hanc, *aut naturalem* esse, quæ fit vel facto, vere restituendo, & tradendo, vel re, patiendo res hereditarias possideri, itemque postea ratum habendo, vel per nuncium, aut epistolam: *aut juris*; cum Lex fingit, factam esse restitutionem, illiusque effectus tribuit, in tribus casibus, qui habentur in *L. pen.* §. *ult. C. hoc tit.* de quo vid. & Peregrin. *de Fideicom. Art.* 2. *n.* 53. & *seq.* Fab. 65. *Err. Prag.* 10.

5) Omnes vel aliquas ex iis *d. L.* 37. *pr.* Atque ita re una restituta, trahitur restitutio ad omnes cæteras; exemplum eorum, qui in una re pro herede gerentes, totam hereditatem, omnesque, quæ in ea res acquirunt, ut post *Accurs. in d. L.* 37. Chiflet. *d. Lib.* 4. *c.* 3.

CAP. XXV.

Restituta hereditate, quæ res, quæve commoda veniant in restitutionem. Et ex his duo genera commodorum exposita; Ea quæ defuncti olim fuerunt; Tum quæ post mortem ejus hereditati non aditæ sunt quæsita.

Restitutione hereditatis transfertur hereditas, si post diem fideicommissi cedentem restituatur. Secus si ante diem, vel conditionem. Quid si ante diem certum. I.
Quid si ante conditionem adjectam heredis causa. II.
Restituta hereditate, heres re ipsa amplius heres non est; solus fideicommissarius & agere utiliter, & conveniri, ut heres, potest. III.
Duo in hac acquisitione dissimilia a superiori directa, & quæ nam. IV.
Non omnia, quæ in defuncti bonis jam antea fuerunt, transire in fideicommissarium. V.
Excipiuntur primo jus personale defuncti, & res heredis a defuncto possessa. VI. VII.
Item quæ personæ heredis cohærent: quo in genere duo habentur. VIII.
Jus sepulchrorum. IX.
Stipulatio operarum a liberto. X.
Item alia duo ex judicio defuncti tacite excipiuntur. XI.
Dos filiæ heredis fiduciariæ. XII.
Interdum prælegatum coheredi rogato datum, & quando, quidve sit prælegatum. XIII.
Excipitur etiam quod fideicommissarius subtraxit. XIV.
Item quod heres ob restitutionem vel amiserit, vel impenderit de suo. XV.
Omnia, quæ hereditati nondum aditæ quæsita sunt, ad fideicommissarium transeunt, nisi, si quid subtrahendo, commodum hoc sibi adimat, aut hereditas propter impensas superiores diminutionem patiatur. Explicatio L. qui ita 66. §. si damnum D. ad Trebell. XVI. XVII.

I. Restitutio hereditatis quid transferat in fideicommissarium, quid apud heredem relinquat, in quo consistit effectus hujus restitutionis & acquisitionis, videndum est. Et restitutione transferri hereditatem constat. Id & vis verbi indicat. §. *restituta. Inst. de fid. her.* Quod tamen sic accipiemus, si post diem fideicommissi cedentem restituatur, idest tum, cum aut præsens est fideicomissum, aut in diem certum. Cæterum si ante diem vel conditionem restituta sit hereditas, de eo scriptum est in *L. sed etsi.* 10. *D. ad Trebell.* ideo hic non transferri actiones, quia non ita restituatur hereditas, ut testator rogavit. Quod de die incerto accipiendum esse, jam supra aliquoties in hoc argumento docuimus, cum quando heres rogatus cogi posset hereditatem adire, quæreremus. Nam quæ relinquuntur in diem certum, etsi statim peti non possunt, tamen statim debentur; ut non venerit quidem eorum dies, at statim cesserit. *L. 5. D. quan. di. leg. ced.* Unde quod in diem debetur, etiam ante diem recte solvitur, nisi constet, diem adjectum esse creditoris caussa. *L. quod certa. D. de sol. L. 3. §. cum Pollidius, D. de usur.* Neque hoc aliter servatur in legatis, & fideicommissis; in quibus constat & heredis, idest, debitoris caussa diem adjici, ne statim fideicommissum repræsentare cogatur. *L. 1. D. de cond. & dem.* Similiter ut fit in stipulationibus, & aliis contractibus. *L. cum. qui Calendis. §. ult. D. de verb. obl.* & recte: licet enim cuivis juri pro se introducto renuntiare, etiam si jus ex voluntate testatoris pendeat. *L. pen. C. de pac. L. pactum. D. eod.* Restituetur ergo recte & ante diem certum fideicommissaria hereditas, & hac restituta, transibunt actiones.

II. Quinimmo & ante conditionem, si constet conditionem adjectam esse heredis caussa: veluti ut post mortem suam restituat. *L. post mortem. C. de fid. L. patrem. D. quæ in frau. cred.* Ac de eo genere non sentire Cajum in *d. L.* 10. *ad Trebel.* ratio superior qua ille utitur, facile ostendit: quia, inquit, non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. De conditione quavis alia hoc recte dicitur, ubi ante conditionem restituitur hereditas, quia fieri potest, ut deficiat conditio; hac autem deficiente, est contra voluntatem defuncti quidquam restitui.

tui. Recte item dicitur & die incerto, quia is conditionem facit. *L. dies. D. de cond. & dem.* At ante diem certum, aut incertum mortis heredis, qui fideicommissum restituit, is non modo nihil facit contra voluntatem defuncti, sed maxime voluntati ejus satisfacit, ut est in *d. L. post mortem. C. de fid.* & hoc, quia, ut loquitur Papinianus in *d. L. patrem. D. quæ in frau. cred.* plenam fidem, ac debitam pietatem sequitur exhibitionis.

III. Ergo in tempore restituta hereditas, si summatim dicendum est, id transfert nunc, quod hereditate continetur. Proinde commoda omnia, & incommoda hereditaria. Id senatusconsulto Trebelliano comprehensum est his verbis: placere actiones, quæ in heredem, heredibusve dari solent, eas neque in eos, neque his dari, qui fidei suæ commissum, sicuti rogati essent, restituissent: sed his & in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset. *L. 1. D. ad Treb. §. restituta. Inst. de fid. her.* Itaque restituta hereditate, heres reipsa amplius heres non est; sed sive petat a debitoribus hereditariis, sive ab eo petatur: exceptione restitutæ hereditatis a debitoribus summoveri potest. Et adversus creditores adjuvari. *L. ita. 27. §. qui ex senatusconsulto. D. ad Trebell.* Solus est fideicommissarius, qui, ut his actionibus agere, & conveniri potest, ita effectu quoque est heres. Tantum subtilitas juris facit, ut heres etiam restituta hereditate heres permaneat, ut est in *d. §. restituta. de fid. her.* quia jure summo heres esse non desinit, qui semel ¹ exstitit. *L. ait. §. sed quod Papinianus. D. de mi.* Unde & apud

1) Vid. *not. supr. h. Lib. Cap. 2. N.* 22. Quare & qui vere heres, si judicio, injuria judicantis, vel probationum inopia, succubuit, licet heredis loco non habeatur ob auctoritatem rei judicatæ, heres tamen manet, ut recte Rob. 2. *Animad. 7. in Explicat. L. 29. §. 1. de statulib. &* 1. *notar.* 7. ubi Cujacius dissentientis opinionem 1. notat. Mercat. 7. alienam a ratione civili, *L. 88. in fin. de her. inst. & simil.* & naturali, qua facta infecta reddi nequeunt, ostendit. Obi. Res judicata est pars juris civilis. Faciet igitur, ut heres eodem jure effectus, desinat. Resp. Rob. non sequi; Nam nec cui ut indigno jure civili res aufertur, heres esse desinit, nec quem SC. hereditatem restituere jubet. Sententia non facit veritatem, sed habetur loco veritatis. Obi. Verus debitor a judice absolutus, desinit debere jure civili. Resp. Rob. nuspiam tradi quod desinat, sed propter peremptoriam rei judicatæ exceptionem pro eo haberi, qui debitor esse desierit. Melius dicetur aliam omnino esse debitoris, aliam heredis rationem. Neque enim per obligationem quis novam, aut alterius personam induit. Neque sicut obligationis jam acquisitæ ipso jure tollendæ certi modi sunt constituti, ita & hereditatis. Reliqua quæ Cujacius objicit leviora, quæ probe expedit Rob. *d. loc.* Sed num hæc necessitas tanta, ut ne Leo ipsa contra ferri, aut disponere possit. Ita sane contendit A. Fab. 27. *Err. Pragmat.* 1. *& seqq.* ubi contra receptam omnino, ceu profitetur, sententiam leges, ac statuta heredem ad tempore, vel ad tempus facientia non valere asserit. Ex. gr. statutum excludens feminas, quamdiu, & quousque masculi supersint. Hoc Fabro videtur valere non posse, sed semel exclusas, semper ita exclusas esse, ac, nec remotis deinde masculis, admitti, ut nec lege contra caveri queat. Rationes, quibus DD. redarguit, speciem magis habent, quam pondus. Quas, ne prolixior sim, quam fert institutum meum, non recenseo. Videbo paucis quam recte Faber rationes DD. diluat. Ex quibus & rationes illius diluere promptum erit. Arguunt Bart. & DD. ita. Permittitur militi a lege ut heredem ad tempus faciat: vid. *Lib. 6. C. tit. N.* 6. Potest igitur & aliis, causa suadente. Respondet Faber 1. non a lege id permitti, sed ab Imperatoribus, qui, lege, ac populo superiores constituerunt, ne militum testamenta tenerentur lege. At, inquam, Imperator sic lege superior, ut eandem, non majorem, potestatem habeat, quam ante legem Regiam populus habuit, cui leges condendi jus fuit. Neque enim potentius jus esse potest successoris, quam auctoris, per vulgata. Unde in §. 6. *I. N. G. & C.* fertur Principis constitutio, *legis habere vigorem*, non vero plus valere, fortior esse lege. Legibus superior Princeps, quia non penitus ipse illis adstrictus, derogare, ac abrogare, ex causa, potest. Sed nec populi in statu Reipublicæ democratico sequior conditio, si, ut par est, universum potius consideres, quam ex eo singulos, vid. Bodin. 1. *de Rep.* 8. Nec aliquis putet, Fabrum hic intelligere populum Principi subditum, & solum legem municipalem. Nos & eandem vim veteribus Romanorum legibus denegat. Altera est responsio Fabri etsi DD. largiretur lege id militi permitti, non tamen inde sequi, quod ipsa Lex sic possit heredem facere ad tempus. At, inquam, quod Leo permittere potest, ac efficere mediante homine, quidni & sola, per *L. 130. de V. S.* Pergit Faber; Privilegium hoc habent milites, ut testari quomodo libet possint, non vero ab intestato. Nec igitur miles, etsi velit habere heredem ab intestato temporarium poterit. Hanc ego subtilitatem non percipio. Nam si velit miles habere heredem ad tempus, eo ipso non erit intestatus, sed testatus: Quia quivis militis voluntas testamentum est, modo liqueat; Immo etsi nec liqueat, tamen non tam jus deficit quam probatio. Quod si miles sic dixerit *Volo te* Sejum (qui legitimus heres non futurus) *heredem mihi ab intestato usque ad* 10. *annos*; dispositio si non valebit, in causa erunt non verba, *usque ad* 10. *annos*, sed quia vix proba de mente constitutus videbitur, sibimet adversantia eloquutus. Quamvis igitur privilegium superius, & similia pertineant ad causam testati, tamen non minus, immo plus permittendum legi in successione intestati, quæ illius solius beneficio habetur. Notum enim est ejus, qui dat beneficium, esse quoque modum statuere beneficio *L. 2. §. 2. D. de precar. & simil.* Unde apparet, ad rem non facere quod hereditas semel quæsita patrimonium sit heredis, ipsique adimi nequeat. Nam, præterquam quod Lex magis rerum nostrarum domina quam nos ipsi, hic non simpliciter detulit Leo totam hereditatem masculis, ut apud illos, ac quosvis successores esset irrevocabiliter. Sic donatum simpliciter repeti nequit, donatum mortis causa potest, quia sub ea conditione datur. Neque est hic quod queratur masculos, cum Lex potuerit, & convenientius juri naturæ, partem feminis debitam ab initio plane non deferre. Objicit Faber, Justinianum hoc ipsum innuere feminas aut perpetuo admittendas, aut perpetuo excludendas. Olim enim exstantibus masculis a successione plane arcebantur, propter familiarum favorem, hodie omnino admittuntur *L. 4. C. de lib. pret.* Si potuisset salvo jure fieri, utique Justinianus ita constituisset, medio invento, ut per masculos quidem excludantur, iis tamen deinde remotis admittantur. Atqui sic non constituit Imperator, quia scilicet nec fieri id potuit. Arguta mehercle Justinianeæ mentis post tot secula conjectatio. Ex verbis sane sanctionis *d. L. 4. maxime ibi. Qui enim tales differ. inducunt. q. neutr accusatores existunt &c.* colligere est Imperatorem voluisse omnimodam utriusque sexus liberorum æqualitatem inducere. Cur, si ad favorem familiarum respicere voluisset, expeditæ superfuerunt aliæ viæ, masculorum conditionem potiorem efficiendi: vocanda eas ad majorem hereditatis partem, feminas concurrentes ad minorem. Immo cur non medium istud invenit, quod mox Faber subjicit, legalis fideicommissi. Nisi forte ea sagacitas una fuit Triboniano, obesæ scilicet naris homini, malaque (quo elogio a Fabro passim honoratur) interpreti. Sed expendamus istud. Concedit Faber *pag.* 64. statutum condi posse, quo idem in effectu dispenatur, si cogantur masculi de restituendis portionibus hereditariis feminis, exstantibus heredibus, si ipsos omnes

apud eum, qui hereditatem restituit, etiam tum [2] directæ actiones manent, quæ sunt ex verbis legis, & juris veteris. *L. si heres.* 70. *ad Treb.* Sed hoc ad titulum solum, & nomen heredis, quatenus transfertur hereditas, referendum est. Jus ipsum hereditatis in fideicommissarium transfertur, & quidem eum effectu, ut dixi. Ex quo effectu est, quod Marcellus scribit in *L. postulante.* 44. §. 1. *D. eod.* quodammodo in partem hereditatis recipi fideicommissarium, & [3] haberi heredis loco, pro qua parte ei restituta est hereditas, idem dicitur in *d. §. restituta. de fid. her.*

IV. Et si quidem ita esset hic effectus per omnia, nihil ot interesset, utrum alicui quæsita esset directo hereditas, an ex fideicommisso restituta: poteramus his paucis, quæ de effectu hujus acquisitionis summatim diximus hoc loco esse contenti. Satis enim supra diximus, quæsita hereditate, quæ hujus commoda, & incommoda sint, quæ heredem sequantur: unde facile sumi posset, quod in eadem acquisitione ad fideicommissarium transferretur. Sed inter acquisitionem directæ, & fideicommissariæ hereditatis, inter heredem, qui jure directo heres est, & inter fideicommissarium heredem multum interest. Quæ dissimilitudo propriam tractatum etiam in hac parte desiderabat. Sunt autem dissimilia duo, jus successionis, & quantitas. Nam si cui directo hereditas delata est, aut bonorum possessio nihil est in jure hereditario, id est, in commodis, & incommodis hereditariis, quod non transeat ad heredem. *L. heres in omne. D. de acq. her. L.* 1. 2. 3. *D. de bo. pos.* Sed & quanta hereditas delata est heredi, tanta ei aditione, & agnitione bonorum acquiritur. Utrumque dissimile in fideicommissaria hereditate restituta. Nam neque omnia quamvis hereditaria a defuncto transeunt in fideicommissarium; neque quæ transeunt, transeunt solida, sed ut plurimum quarta parte jure Falcidiæ imminuta. Quamobrem res postulat, ut duo hæc, quibus constat hæc acquisitio, separatim cognoscamus: primum quæ res hic transferantur in fideicommissarium: deinde ex his rebus quantum.

V.

deficere contingat. Ut ita res ad illas perveniat quasi ex statutario fideicommisso. At, inquam, nonne hoc magis a juris ratione abhorret ut quis a lege per fideicommissum excipiat. Nulli autem juris interpretes opinor (de juris auctoribus certus sum) vel fando usurpatum, vel in mentem venit statutarium fideicommissum. Pergit Faber: Miles, Sejo ad biennium herede scripto, deinde eo elapso, Titio, videtur decessisse cum duobus testamentis, uti potest *L. 19. de test. mil.* Et cum simpliciter scripsit Sejum ad biennium, ut postea ad legitimos pertineat, non potest esse una numero hereditas, quæ specie diversa est, in Sejo testamentaria, in aliis legitima. Sed nunquid opus est de hoc anxii simus. Fingas vel centum hereditates esse diversas, semper tamen verum heredem qui fuit, esse desinere; neque hoc in quæstione est, an in eadem hereditate alius alii succedat, ut eadem numero maneat. Quæcunque igitur ratione in milite haud statuatur, extra causam militiæ commodo quid induci poterit, ob non quidem eamdem, sed in suo genere æque fortem causam. Ubi enim utilitas posuit, fictio induci potest. Potest miles, ait Faber, decedere cum duabus hereditatibus, sed utraque testamentaria; vel altera testamentaria, altera legitima. Non vero potest (quod in alio statuto fieret) utraque legitima. Sed quare non potest. Puto, quia sic Lex non disposuit, quod nulla causa id suaderet. Nullus favor militiæ exigit, dare militi intestato plures heredes successive, cum eo ipso quod intestatus decedit, ostendat sua bona se ad proximos pervenire, & permanere velle. *L. 1. §. 6. de leg.* 3. At Fabro hæc ratio videtur. Quia non magis id fieri possit, quam ut aliquis bis moriatur. Quæ consequentia? Sic certe non magis fieri posset, ut duplex sit testamentaria hereditas, quandoquidem nec ex testamento viventi succeditur. Atque his satis asserta ratio DD. contra innovationem Fabri. Nituntur iidem & casibus illis jure scripto proditis, quibus qui heres fuit, esse desinit. Cujusmodi tres agnoscit ipse Faber *d.* 27. *Err. Pr.* e. 1. Quando heres post aditionem servus fit. *L. 43. §. ult. de vulg.* e. Querela inofficiosi rescisso testamento. 3. Quando heres intra annum præcepto testatoris non paruit. *Nov.* 1. *C.* 1. §. 1. Sed hanc constitutionem Faber *pag.* 68. absurdam, & ineptam vocat. Et in eo casu, inquit, non Lex facit, ut heres desinat, sed Princeps lege superior. Hoc cujusmodi sit supra expendi. Illud non refello, vid. *L. 3. C. de Crim. sacrileg.* In prioribus duobus casibus vult Faber, non esse potestatem legis, sed impotentiam. Non desineret, ait, heres in primo casu, si esset in potestate legis, ut servus sit heres. At non est. Involvit hoc contradictionem, quia heres nemo nisi civis: Civis nemo nisi liber. Quam proba ratiocinatio, principium petens. Non potest, nec per legis potestatem, servus fieri heres, quia nec per eamdem potest alius quam civis. Immo non Lex olim effecit, ut servo publico, parte dimidia testamentum faciendi jus esset. Ulpian. *tit.* 20. § *ult.* atque ita magis ex testamento hereditatem capiendi, cum facilior sit testamenti factio passiva, quam activa. An non deportatus, per legis potestatem militi heres fieri potest, *L.* 13 §. 2. *de test. mil.* An non Latini Juniani, qui etsi liberi, non tamen cives, ante legem Juniam, hereditatem capere potuerunt? Ulpian. *tit.* 22. §. 3. In secundo casu itidem impotentiam causatur Faber, quia non sit in potestate legis facere, ut, rupto, rescissoque testamento, & sic viribus ejus collapsis, hereditas quæsita retineatur. Respon. Ergo. At unde illa ruptio, & rescissio? Nonne ex potestate legis? Cui si necessario consequens hereditatis quæsitæ amissio, utique cui licet antecedens (ut vulgo) et & consequens. *L. 2. de Jurisd. & simil.* Sicuti & contra cui consequens non licet, ei nec illud, per quod ad id pervenitur. Quod si itaque legi non erit potestas adimendi hereditatem quæsitam, nec erit rescindendi testamentum, unde illa amissio sequitur. Hoc autem falsum fateatur Fabro necesse est. Ergo & illud.

2) Quæ sunt veluti simulacra quædam, & cicatrices officiorum actionum. Nomine tenus enim tantum manent, ideoque obligatio inanis dicitur quæ restituta hereditate heredi vel in eum competit *L.* 95. §. 1. *de solut.* Transeunt autem in fideicommissarium actiones utiles *L.* 18 §. *ult. ad L. Falc.* sive civiles sint, sive prætoriæ, sive in rem, sive in personam, sive principales, sive accessoriæ *L.* 21. *pr. de fidejuss.* vid. Chiflet. *Lib.* 4. *de Jure fideicomm. C.* 6. Vasq. *Lib.* 2. *de Success. remlul.* §. 11. *n.* 22. A. Fab. 27. *de Error. Pragm.* 5. & 6. Quisquis heres est necessario habere actiones directas. Erratque Bartolus qui hoc casu duos in solidum heredes esse, jure civili diversis respectibus, putat. Uti enim dominii directi, & utilis, ita etiam directi, & utilis heredis distinctio commentitia.

3) Heredis vice fungitur *L.* 68. *h.* effectu quodammodo heres *L.* 6. §. 1. *Quod cum eo qui in al. potest.* Hinc legatorum nomine cavet ut heres *L.* 1. §. 7. *ut leg. no. cau.* in edicto de bonis libertorum heredis loco est *L.* 4. §. *ult. de bon. libert.* Familiæ erciscundæ judicium ei datur *L.* 24. *Fam. ercisc.* Plures tamen differentiæ sunt illius a vero herede, quas persequitur Chiflet. *Lib.* 2. *de Jur. fideicomm. C.* 3. quem & vide *Lib.* 4. *C.* 5. ac Perez. 1. *de Success. C.* 43.

V. Dixi supra restitutione hereditatis hereditatem in fideicommissarium transferri. Videndum quid insit in hac restitutione, & num omnia etiam hereditaria contineantur. Et quoniam constat hereditas commodis, & incommodis, quæ supra exposui: de eo ex his generibus, eorumque partibus statuetur. Ac de commodis primum videamus. Commoda hereditaria jam ante dixi esse triplicia. Quædam jam olim fuisse defuncti; quædam post mortem ejus hereditati non aditæ quæsita; quædam nata, & percepta ex hereditate, bonisve defuncti post aditam hereditatem. Si dixerimus in singulis, quid ex his fiat fideicommissarii, quidve in restitutionem veniat: in universum de commodis fideicommissariæ hereditatis, & quid hinc transferatur in fideicommissarium, dixerimus. Hæc igitur singulatim ordine persequamur. Ac de primo genere sit sane hæc definitio ex *L. facta.* 63. *in pr. D. ad Treb.* Quæ res, quæ jura, quæ actiones, exceptionesve in bonis defuncti fuerunt, cum moreretur, omnia, facta in fideicommissarium restitutione, statim in [4] bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi neque rerum possessionem adhuc sit nactus, neque mandatæ sint ei actiones. Excipiemus primum, quod commune sit cum vero herede, si quid non transit ad heredem, eoque non fit hereditarium. Quod ejusmodi est, aperte in fideicommissum non cadit: sive quod non potest restituere heres, quod ad eum non pervenit: sive quod fideicommisso hereditatis restituendæ nihil continetur, nisi quod est hereditatis. *L. in fideicommissariam.* 18. §. 1. *D. eod.*

VI. Hujus generis sunt duo: jus personale defuncti; & res aliena a defuncto juste possessa, quæ fuit heredis. Jura personalia, id est, personæ defuncti cohærentia jam ante dixi ad heredem non transire. *L. non solum.* §. *tale. D. de lib. leg. L. quia tale. D. sol. mat.* Quod si ita est, non possunt dici hereditaria, in quæ heres, aut hereditas non succedit: cum hereditas nihil aliud sit, quam successio in jus defuncti: *L. hereditas. D. de reg. jur.* Neque alia sit successio heredis. *L. heres in omnie. D. de acq. her.* Ita hæc aperte ad fideicommissæ hereditatis restitutionem non pertinent.

VII. Res aliena, si a defuncto bona fide possessa sit, & justa ex caussa, puta legati: fuit illa quidem in bonis defuncti: *L. bonorum. D. de verb. sign.* si tamen defunctus instituerit heredem eum, qui rei dominus erat, & rogaverit eum, ut hereditatem Titio restituat: non veniet ea res in fideicommissi restitutionem. Quia, inquit Papinianus, ea res ad heredem, eumdemque rei dominum non pervenit, ac nec pervenire poterat. *L. si res aliena.* 52. *in pr. D. ad Treb.* Id est, quia ea res non est facta hereditaria. Nam cum heres succedat in jus universum defuncti, ut hereditas, *d. L. heres in omne. D. de acq. her. d. L. hereditas. de reg. jur.* non potest esse hereditarium id, in quod heres non succedit, &, ut nunc loquimur, quod ad heredem non pervenit. Ejusmodi autem est res, quæ proponitur. Nam quæ heredis prius erat, amplius ejus fieri non potuit. §. *sic itaque Inst. de act.* Id est, non potuit ad eum pervenire; si quidem pervenire id dicitur, quod ita nostrum fit, ut sit mansurum. *L. aliud est capere. D. de verb. sig.*

VIII. Sed etsi quæ defuncti fuerant, facta sint hereditaria, dum in ea heres succedit: non tamen omnia, quæ hereditate restitui jussa continentur, veniunt in fideicommissi restitutionem. Excipiuntur etiam in his genera quatuor. Nam quædam personæ heredis cohærent; alia excipiuntur judicio testatoris; nonnulla culpa fideicommissarii postea amittuntur; quædam cum maxime sint hereditaria, nec postea

4) An & in dominio? Vasq. *Lib.* 2. *de Success. resolut.* §. 11. *n.* 16. respectu Universitatis non transire dominium directum, sed transire tamen respectu singularium rerum, sub hereditate contentarum. A. Fab. 7. *Conject.* 4. & 1. *Jurispr.* 2. *Princ.* 7. *Illat.* 2. vult, dominium bonitarium tantum acquiri, non autem civile, & Quiritarium, per *d. L.* 63. *pr. h. t. ibi in bonis fiunt*, & per *L.* 3. *Si ususfruct. pet. ibi possess. duntaxat non etiam dominium.* Et justum dominium non transferri, Govean. *ad Rub. D. de Vulg. n.* 6. quia jus Civile non agnoscat fideicommissa §. 1. *I. h. t.* §. 1. *I. de codicill.* Verumtamen verum dominium acquiri verius puto, per *L.* 42. *de Usur.* ubi simpliciter dicitur acquisitum dominium, neque id interpretari convenit, cum Fabro, de dominio bonitario. Et in verbis SCti *L.* 1. §. 2. *h. t.* dicitur, jus, fructusque transferri. Nec sequitur, sunt res restitutæ in bonis *d. L.* 63. *pr.* Ergo non in dominio. Fateor equidem nec sequi necessario. Sunt in bonis: ergo & in dominio: cum in bonis esse latius pateat; sed hoc dico, licet non argumentari conveniat e positione generis ad speciem, pejorem tamen illationem esse e positione generis ad remotionem speciei. Ex. gr. Animal est. Ergo Homo non est. Nec obstat *d. L.* 3. *Si ususfr. pet.* Nam loquitur de fideicommisso rei alienæ. Gifan. *ad L.* 10. *de acq. poss. n.* 25. & de traditione ususfructus ex caussa fideicommissi a non domino traditi bonæ fidei possessori, qui tandiu habet possessionem, donec longo tempore ceperit. Quod probe probat Chiflet. *Lib.* 1. *de Jure fideicom.* C. 5. 1. per verba; tanto tempore, quanto si legitime ajus factus esset, quæ usucapionem respiciunt. 2. quia Julianum lib. 7. Digest. egisse de Usucapione, & bonæ fidei possessore, liquet ex *L.* 25. *de Usuc. L.* 32. *de S. V. P. L.* 7. *in f. de Publ. act.* 3. Quia absurdum esset a non domino traditam rem ex caussa fideicommissi proficere ad usucapionem, *L.* 13. §. 10. *in fin. de acq. poss.* a domino autem vere traditam non transferre dominium: Et non male. Gud. *ad L.* 24. *de V. S. n.* 16. non ipso jure fieri dominum per successionem, sed per restitutionem: non tam juris, quod defuncti fuerit, quam heredis fiduciarii, cujus semel esse cœpit.

postes amissa sint, justis de caussis deminutionem patiuntur. Primum quæcumque personæ heredis cohærent, ea ad fideicommissarium transire non possunt. Quæ res facit, ut quamvis restituta hereditate, apud heredem maneant. In hoc genere duo habentur: [5] jura sepulchrorum, & stipulatio operarum liberti filio patroni herede instituto.

IX. Jura sepulchrorum, ait Paulus, restituta hereditate apud heredem remanent. *L. quia.* 42. §. 1. *D. ad Treb.* Nempe ideo, quia personæ heredis cohærent. Sunt quidem hereditaria, quæ quis sibi, heredibusque suis constituit. *L. familiaria. D. de rel.* Licetque heredibus, cæterisque successoribus, qualescumque fuerint, in his sepeliri, ut est in *L. vel quod. seq. D. de rel.* Sed hoc sic intelligendum est, si unius generis sint, non duorum generum successores; ut fit cum unus est institutus, & alter, cui ab instituto restituta est ex fideicommisso hereditas. Ambos in jure sepulchri heredes haberi jus non patitur; cum uni duo pro solido heredes esse non possint. *L. quod contra.* §. 1. *D. de reg. jur.* Quod si ex his sumi oportet unum, ad quem ut ad heredem jus sepulchri pertineat: non potuit initio sumi alius, quam is, qui primo heres exstitit, quem ideo exsistere oportuit, ut esset, qui hereditatem restitueret. In hujus porro persona semel constitum jus sepulchri, ita personæ ejus cohæret, ut ad alios non transeat: ut fit in omni obligatione in facto personæ consistente, id est in eo, ut alicui quid facere liceat. §. *sed cum factum. Instit. de stip. ser.*

X. Stipulatio operarum, qua stipulatus est patronus a liberto operas, transit ad heredes non quoslibet, sed ad liberos patroni. *L. cum patronus.* §. 1. *L. si operarum D. de op. lib.* Ex quo responsum Papiniani, si patroni filius extraneo restituerit ex Trebelliano hereditatem, operarum actionem non transferri; ac quæ transferri non potest, apud heredem manere. *L. si patroni.* 55. *in princip. D. ad Trebell.* Recte utrumque. Non enim potest transferri in fideicommissarium extraneum ea actio, quæ liberis solum competit, & quæ semel jure cœpit competere filio, necesse est apud eum perpetuo manere, nisi ab eo recesserit.

XI. Secundo loco esse diximus quædam, quæ judicio defuncti tacite ex fideicommisso excipiantur. Quæ ita exempta sunt, certum est in fideicommissum non venire; quoniam in omnibus quidem testamenti partibus, maxime tamen in fideicommissis voluntas defuncti spectatur. *L. 12. in fi. L. pen. D. de leg.* 1. *L. eum proponebatur. D. de lega.* 2. In hoc numero duo sunt: dos filiæ rogatæ restituere hereditatem, & interdum prælegatum coheredi rogato datum.

XII. Filia herede a patre instituta, & rogata restituere hereditatem, placet, id, quod in dote fuisset, non contineri in parte hereditatis, quæ restituenda est: quamvis filia rogata sit solum post mortem suam restituere hereditatem, & quidem hac conditione, si moreretur sine liberis, & rogata sit restituere fratri suo. *L. a filia.* 62. *in princ. D. ad Treb.* Quod sic accipimus, ut dos non contineatur fideicommisso, quamvis proponas, dotem a patre profectam, & eam ex stipulatione dotis ad patrem redire debuisse, si viveret; ut dici potuerit, dotem in bonis patris fuisse. Quinimmo etsi filia rogata hereditatem Titio restituere, si sine liberis decessisset, dotem ultro sumpserit ex pecunia hereditarie, quam marito daret: placuit, dotem decedere, ac si quod superfuisset, rogata esset restituere: *L. mulier.* 22. §. *penult. D. ad Trebell.* Ut sic heredes defunctæ & quartam habere debeant, & nihilominus dotem retineant. *L. cum heres.* 51. *D. eod.* Hoc tamen ita, dum tantos fructus ex hereditate mulier non perceperit, ut inde potuerit doti satisfieri. Quo casu visum est potius fructibus hoc expensum ferendum, quam fideicommisso. Hoc Ulpianus his ipsis verbis in *d. L. mulier.* §. *pen. ad Treb.* quo significat, fructus perceptos cum dote pari pecunia compensandos. Nam fructus ab herede percepti non veniunt illi quidem in restitutionem fideicommissariam: *L. in fideicommissariam. ad*

5) Quæ & comparantur juribus libertorum in *L.* 11. *de Carbon. ed.* Et ita P. Greg. 42. *Synt* 29. *n.* 18. quomodo & vulgo statuunt, teste Chiflet. *Lib.* 4. *de Jure fideic.* C. S. *pag.* 1058. qui tamen contendit hæc jura & manere apud fiduciarium *d. L.* 42. §. 1. & transire etiam, ac communicari cum fideicommissario, sive hereditarium sit sepulchrum, sive familiare, per *d. L.* 6. *pr. de relig.* Cui accedo, quia solutio nostri ad *d. L.* 7. non adeo conveniens, & quia etiam cui bona addicta sunt, jura sepulcrorum habet *L.* 4. 21. *de fideicom. libert.* Nec dubitari potest si concurrant aliqui jure civili, alii prætorio succedentes, quin utrisque ea jura communia sint *d.* §. 21. & tamen cum adsunt duorum generum successores. Nec naturæ hujus juris adversum est inter plures communicari, cum & exheredatis una cum heredibus competant *d. L.* 6. *pr.* Atque hinc refert Chiflet. *d. loc.* jus patronatus ecclesiasticum etiam communicari, cujus eadem sit ratio, quod & tradit, aliis relatis, Peregrin. *de Fideicomm. Art.* 8. *n.* 37. & Fachin. 10. *Controv.* 94. ac 13. *Controv.* 64 & *C.* 92. Vide de iis, quæ in restitutionem fideicommissi non veniant, P. Greg. 42. *Synt.* 29. *n.* 16. & *seqq*

Digitized by Google

ad Treb. sed prosunt fideicommissario ad compensationem mutuæ quantitatis, quam heres de fideicommisso retinere potuit. *d. L. in fideicommissariam. in pr. ad Treb. L. cum pater.* §. *Titio. D. de leg.* 2. *L. quod bonis.* §. *quod avus. D. ad leg. Falc.* Unde ergo dotis hujus, aut superioris exceptio, cum appareat, illam hereditariam factam esse, hanc ab initio fuisse ex hereditate? Ex conjectura voluntatis paternæ. Quia, inquit Ulpianus, dotem fideicommisso detrahi patris voto congruit. *d. L. mulier.* §. *pen.* Votum hoc est parentum, & naturalis charitas erga filias, ut velint eas dotatas esse, & quod dotis habere cœperint, id eas tanquam proprium patrimonium habere. Unde utrumque jure constitutum, ut & pro ea caritate cogantur parentes eas dotare. *L. capite.* alias *L. qui liberos. D. de rit. nup.* & dos data habeatur proprium patrimonium filiæ, etiam quæ sit in potestate. *L.* 3. §. *ergo. D. de mi.*

XIII. [6] Prælegatum interdum in restitutionem fideicommissi venit, interdum non venit, ne pro ea quidem parte, quæ in eo legato est hereditaria. Prælegatum vocamus id genus legati, cum pluribus heredibus institutis, uni res aliqua hereditaria legatur, ut fundus. *L. Titia. &* passim. *D. ad Leg. Falcid.* Sic dictum, quod cui ita legatur, rem legatam capit ante omnia, seu præ cæteris in divisione hereditatis. Unde idem dicitur *præceptio*, ut *in L.* 3. §. *penult. Digest. ad Trebell.* In hoc legato duæ sunt partes: quarum una est hereditaria, altera non hereditaria. Hereditaria est, quam heres capit jure hereditario: id est, pro ea parte, ex qua heres est; habiturus eam etsi de re tota nihil illi legatum esset. Quæ ideo ei a semetipso relinqui dicitur. Altera est ei non hereditaria: quippe quam, si nihil amplius esset, quam pro parte heres, non haberet; est enim coheredis. Nunc ideo fit ejus, cui legata est, quia legata est ei a coherede; quam ideo a coherede accipere dicitur, & accipere jure legati. *L. in fideicommissariam.* 18. §. *ult. ad Trebell.* Quæritur ergo, si is heres, cui ex pluribus fundus prælegatus erat, rogatus sit portionem restituere alteri, an & prælegatum in fideicommissum ex voluntate defuncti veniat, an contra non veniat. Et de eo ex verbis testatoris varie respondetur; sic tamen, ut aliquando placeat in totum non venire, ne pro ea quidem parte, quæ hereditaria est, quæ exceptio est, quæ ad hunc locum proprie pertinet. Quia tamen, quod alibi traditur, id prælegatum in fideicommissum cadere, alias totum, alias pro parte, utrumque videri potest superiori sententiæ adversari: pertinet omnino ad unius partis hujus distinctionis cognitionem simul responderi de omnibus, ut ex dissimilitudine partium animadverti possit, nihil in hac varietate esse contrarium. Refert igitur plurimum, quibus verbis testator roget hunc coheredem portionem restituere: utrum his, ut roget eum restituere simpliciter portionem, an vero ut roget portionem hereditariam. Herede portionem suam restituere rogato, placet præceptiones quoque fideicommisso contineri: quia verum sit, quæ coheredi prælegata sunt, ea quoque in portionem ejus cecidisse, id est, esse ex portione ejus, quam a testatore in rebus hereditariis acceperat. *L.* 3. §. *pen. D. ad Trebell.* Quod si rogatus sit heres portionem hereditariam restituere: hic primum convenit, nunquam contineri fideicommisso eam partem prælegati, quæ a coherede recipitur; hæc enim ex legato est, non ex portione rogati hereditaria. *d. L. in fideicommissariam* 18. §. *ult. ad Treb.* Altera cum sit ex portione hereditaria: verbis fideicommissi efficitur, ut ea saltem in fideicommissum venire debeat. Et vere scriptum est *in d. L. in fideicommissariam. in fi.* Negatur in *L. Titia. D. ad L. Falcid.* Sed recte utrumque pro ea varietate scripti, quam in utraque loco animadvertere licebit. Unde & hæc [7] distinctio sumitur: ut si quidem prius legatum

6) At in substitutionem vulgarem non veniunt prælegata, *L. Sextium*, 32. *de leg.* 3. *L.* 75. §. 1. *de leg.* 1. Quæ ratio differentiæ? Quia qui vulgarem substitutum habet, ei liberum, hereditate omissa, legata agnoscere. Et si ante legatum acquisitum moriatur, actionem ad heredes integram transmittit *L.* 5. *Quando di. leg.* licet jus hereditatis non item, vid. *supr. T.* 4. Quare substitutus vulgaris habere nequit, quod penes institutum, ejusve heredes manet. Heres autem fiduciarius a substituto precario potest ad adeundum cogi. Ita Voud. 1. *Q.* 8.

7) Distinctio hæc Accursii est, *ad L.* 3. §. 4. *h. t.* quia si post fideicommissum dedit testator prælegata, de iis, quæ nec dum dedit, cum fideicommitteret, sensisse non potest: ac probant P. Greg. 42. *Synt.* 29. *n.* 18. Pec. 6. *Q.* 50. A. Fab. 6. *Conject.* 4. Et est hæc communis opinio, ut tamen id procedat si indefinite oneratus sit. Nam si universaliter: *Quicquid ad te pervenerit restituas*, etiam prælegatum post gravamen relictum contineri vulgo sentiunt, ceu refert Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progressu* §. 26. *n.* 19. Contra tamen alii referente eodem, quia indefinita æquipollet universali, & parum refert, an dixerit testator quod pervenerit, an quicquid pervenerit. Atque hoc proximum esse disponentis voluntati dicit Vasq. *d. n.* 19. Jo. Voud. 1. *Q* 8. distinctionem hanc rejicit, quia, inquit, in testamentis scripturæ ordo non attenditur. Puta igitur & præceptiones cedere restitutioni fideicommissi, quia quæcunque a se ipso capit, ea in restitutionem veniunt *L.* 18. *ult. h.* Ad *L.* 86. *ad L. Falc.* Resp. Voud. non hanc rationem decidendi ibi esse, quia prius fideicommisit testator, quam prælegarit, sed quia nominatim cavit, restitui

gatum sit heredi, deinde rogatus is sit portionem hereditatis restituere; quod ei a semetipso relictum est, in fideicommissum cadat: quæ species est *d. L. in fideicommissariam. §. ult.* sin e converso prius rogatus sit heres hereditatem restituere, deinde sit ei prælegatum: tum nihil ex prælegato restituere, sed totum retinere debeat. Species & responsum *d. L. Titia. ad leg. Falcid.* Non sane quod in utraque specie pars una prælegati non semper sit hereditaria: sed quod in posteriore specie ea pars eximitur de fideicommisso; in priore non eximitur. Nam cum testator posterius rogat heredem, ut portionem hereditariam restituat, necesse est eo fideicommisso contineri, quidquid prius apud heredem fuit hereditarium; quia nihil sequitur, unde quidquam de fideicommisso detractum intelligatur. At cum testator posterius prælegat: idcirco legatum in fideicommissum hereditatis non venit, quia videtur de fideicommisso, quod præcessit, exceptum.

XIV. Sicut tertio loco quædam, quæ cum voluntate testatoris continentur fideicommisso, postea facto fideicommissarii amittuntur. In ea caussa sunt res subtractæ. Quod fideicommissarius, aut legatarius de hereditate subtraxit, placuit ejus petitionem ei denegari, *L. Paulus.* 48. *D. ad Treb. L. non est dubium. C. de lega.*

XV. Postremo ipsa hereditas fideicommissaria ob impensas quasdam ab herede factas deminutionem patitur. Si quid heres propter hereditatis restitutionem, aut hereditatem ipsam necesse habuit deminuere, aut impendere de suo: in eo & rei alienatæ pretium, & sumptum a se factum detrahit, & hactenus imminutam hereditatem restituit. Propter restitutionem hereditatis cogitur deminuere res suas: veluti, cum rogatus est servos suos manumittere, & iisdem hereditatem restituere, quos manumisit. Non enim potuit aliter facere, si vellet his restitutam hereditatem, ut apud eos maneret, uti rogatus est; quoniam servi suum habere nihil possunt. *L. acquiruntur. §. 1. D. de acq. re. do.* Itaque his manumissis, debebit restituere hereditatem; sed non nisi detracto prius pretio servorum, quod illi per eam caussam abest. Idem ergo dicemus, si dum rogatus est heres certo loco hereditatem adire, & restituere, eo profectus, sumptus ad iter fecit; aut institutus sub conditione dandi, paruit conditioni de suo. *arg. in L. sed sciendum. 7. D. ad Treb.* Propter hereditatem sumptus facere cogitur, qui sumptus facit in res hereditarias. Nam bona fides, quam in rebus hereditariis tuendus debet præstare, res hereditarias eum negligere prohibet. Ideo placuit & heredem hunc sumptum detrahere. *L. mulier. 22. §. sed enim D. eod.*

XVI. Atque hæc de primo genere commodorum hereditariorum. Horum alterum genus erat eorum, quæ post mortem defuncti acquiruntur non aditæ hereditati. Totum hoc gerens hereditarium est, eoque & in restitutionem venit: nisi si fideicommissarius hoc commodum aliquibus in rebus sibi ademerit, eas res subtrahendo, aut hereditas propter impensas superiores deminutionem aliquam patiatur. Hujus generis sunt ea, quæ servi hereditarii stipulati sunt, aut per traditionem acceperunt. Hujus generis fructus ex rebus hereditariis ante aditam hereditatem percepti. Multoque magis ancillarum partus. Quæ propterea placuit, omnia in restitutionem venire. *L. ita tamen. 27. §. 1. in fin.* Nam & quæ servi acquirunt, acquiruntur domino. *d. L. acquiruntur. §. 1. de acquir. rer. dom.* Et fructus percepti ex re aliqua, quæ ab alio bona fide non possideatur, itidem domino fundi acquiruntur. *L. qui scit. §. 1. D. de usur.* Hereditas autem non adita pro domina habetur, defuncti non heredis personam sustinens. *L. hereditas. 1. & 2. D. de acquir. rer. domin.* Quare acquiruntur hæc omnia hereditati, eoque & fiunt hereditaria. Omne autem in fideicommissum venit, quod est hereditarium, nisi aperte excipiatur. *L. in fideicommissariam. 18. §. 1. ad Trebell.* Proinde in eadem caussa erunt omnes actiones, ex rebus hereditariis ante aditam hereditatem natæ. Quidquid enim patrifamilias acquireretur, si viveret: id, eo mortuo nondum adita hereditate si contingat, necesse est, hereditati acquiri. *L. in eo §. ult. & L. hereditas. seq. d. L. hereditas. 2. D. de acq. rer. dom.* Ergo etsi ante aditam hereditatem in aliqua re hereditaria [8] damnum datum erit, restitutione facta, transibit hujus rei actio ad fidei-

tui hereditatem, ubi legata non restituenda, quæ hereditatis appellatione non veniunt *L. 3. §. 4. h. t.* &c. Sed hæc non vere, adversantur communi sententiæ, quæ eo casu sic distinguit quando non portio simpliciter, sed portio hereditaria restitui jussa. Vid. & Maret *Tr. Quartar.* C. 5. n. 17. & *seq.* Peregrin. late *de Fideicomm. Art.* 7.

8) Dissent. Chiflet. *Lib. 4. de l. fideicomm. C. 6 p.* 1067. quia, inquit. Legis, Aquiliæ actio pœnæ potius, quam rei persequutoria, ergo ex bonis non pendet. Putat tamen, cum non sit mere pœnalis, sed mixta § *sequens*, *L. de act.* fiduciarum, quod ratione rei fuerit consequutus, cogi restituere,

fideicommissarium. Negari videtur in *L. qui ita.* 66. §. *si damnum. D. ad Trebellian.* Sed nihil verius. Nam de eo damno ita scriptum est in *L. liber.* §. *si servus. D. ad leg. Aquil.* Si servus hereditarius occidatur, dubitari posse, an sit legis Aquiliæ actio, cum dominus nullus sit hujus servi; legem autem domino damna salva esse voluisse. Sed dominum hereditatem haberi. Quare adita hareditate, heredem experiri posse. Hereditaria ergo hæc actio est proinde ea, quæ hereditati primum quæsita, per hereditatem deinde heredi postea facto acquiratur: quæ vis est, & conditio quæsitæ hereditatis, ut diserte scriptum est *Inst. de stip. ser. in princ.* Quod si hereditaria actio est: haud dubie etiam ex Trebelliano transferetur. *L. postulante.* 44. §. 1. *L. deducta.* 58. §. *qui post. D. ad Trebell.*

XVII. Negari tamen, ut dixi, videtur in *d. L. qui ita*, 66. §. *si damnum*, *eod.* sic enim verba sunt: *si damnum in servo hereditario datum sit, licet per servum hereditarium heredi competere actio cœpit, non tamen transit legis Aquiliæ actio ad fideicommissarium. Hæ enim actiones transeunt, quæ ex bonis defuncti pendent.* Sed etsi initio verba ambigua sunt, & incertum, utrum loquatur Paulus de damno dato in servo hereditario ante aditam hereditatem, an vero post aditam: tamen quod in eo ambigui est, sequentibus declaratur, apparetque ex his, loqui eum de damno, quod datum est adita jam hereditate. Primum dicit per servum hereditarium cœpisse competere heredi hanc actionem. Si ante aditam hereditatem damnum datum esset, quæsita esset actio hereditati, non heredi. Adita autem postea hereditate, cœpisset quidem actio competere heredi: non tamen per servum hereditarium, sed per hereditatem, ut est in *princip. tit. de stip. ser. Instit.* Sed ne multis agamus, ratio, qua utitur, aperte quæstionem dirimit. Hæ enim, inquit, actiones transeunt, quæ ex bonis defuncti pendent. Nimirum hoc vult, eam actionem, de qua loquitur, non pendere ex bonis defuncti, ex quo colligit, eam non transire ad fideicommissarium. At cur non est hæc actio ex defuncti bonis? quia quæsita est post aditam hareditatem. Quo tempore bona desierant esse defuncti, & cœperant esse heredi. Quod si damnum datum esset ante aditam hereditatem: jam ostendimus, futurum fuisse, ut actio acquireretur hereditati. Quidquid autem pendet, idest, proficiscitur ab hereditate, id pendet a bonis defuncti. Quod enim hereditatis est, id quoque & defuncti esse intelligitur: quoniam hereditas defuncti personam sustinet. Nihil ad rem pertinet, quod Paulus de servo hereditario loquitur. Etsi enim proprie, & usitate servus hereditarius dicitur, qui est hereditatis nondum aditæ: *L. in eo.* §. *ult. D. de acquir. rer. dom.* §. *servus etiam. Instit. de her. instit.* tamen obtinuit etiam hereditarium dici, qui ex hereditate obvenit, seu qui aliquando fuit hereditatis. Sic accipi constat in hoc argumento in *L. ita* 27. §. 1. *L. facta.* 63. §. *si heres L. si heres institutus.* 70. §. 1. *D. ad Treb.* ut & in *L.* 1. §. *veteres. D. de acq. pos.*

CAP.

tuere, pœnam autem retinere. Proinde quod *in d. L.* 66. §. 2. dicitur, non transire actio L. Aquiliæ, id intelligit, scilicet cum sua natura pœnali. Transire autem quoad simplum, arg. *L.* 20. §. 4. *de petit. hered.*

CAP. XXVI.

Tertium genus commodorum hereditariorum cerni in iis, quæ post aditam hereditatem heredi primum acquiruntur. Quid ex eo genere veniat in fideicommissariam restitutionem: & maxime de fructibus, reliquisque accessionibus ab herede tum perceptis.

Commoda, quæ post quæsitam hereditatem obveniunt vel ab ipsa sunt hereditate, aut a rebus singulis hereditariis. I.

Prioris generis commodum unum esse jus accrescendi, quod ita ad fideicommissarium transit, ut ad acquisitionem accrescentis portionis neque alia actione, nec nova restitutione non sit opus, nisi in parte altera non gravata suus heres institutus, qui se abstineat. II. III. IV.

Commodorum, quæ a rebus singulis proveniunt quædam in restitutionem veniunt, quædam fiunt hæredis propria. V.

In restitutionem duo venire. VI.

Percepta ex hereditaria obligatione etiam naturali, modo ea obligatio de sorte sit, non de accessionibus. VII.

Ancillarum partus. VIII.

Reliqua fiunt heredis propria, & quæ nam ad id genus commodorum pertineant. IX.

Sententiæ hujus rationes afferuntur. X. XI. XII.

Ejusdem exceptiones duæ. XIII.

Una si mora ab herede facta sit. XIV.

Altera si testator velit restitui. XV.

Ejus voluntas declaratur duobus modis. XVI.

Verbis *interdum aperte, non nunquam obscurius.* XVII.

Quo modo aperte. XVIII.

Quo modo obscurius. *Hujus rei tres formulas occurrere observatu dignas.* XIX.

Prima est cum rogatur heres cum incremento restituere hereditatem. XX.

Secunda cum testator ita rogat heredem, ut post mortem suam quidquid ex bonis supererit Titio restituat. XXI.

Huic speciei Papiniani duo alia ejusdem responsa conciliantur. XXI. XXII.

Tertia si sic testator cavit: quantacunque pecunia ex hereditate, bonisve meis pervenit, eam omnem heres, si sine liberis morietur, Titio restituat. XXIII.

Voluntas testatoris de fructibus restituendis & si id verbis non expresserit, colligitur etiam ex dilatione in gratiam fideicommissarii adjecta. XXIV.

I. TErtium genus commodorum hereditariorum est in iis, quæ post aditam hereditatem per caussam hereditatis quæsita obtingunt. Quod genus quia patet latius, & per se dignum tractatum habet, tum ne superius caput in immensum excresceret: visum est de eo separatim dicere. Hujus generis commoda duplicia sunt. Quædam enim hereditatis ipsius, & universitatis commoda sunt; quædam percipiuntur ex rebus singulis hereditariis.

II. Commodum hereditatis, & universitatis quæsitæ unum est, id de quo supra diximus [1], jus accrescendi. Et hoc commodum ad fideicommissarium pertinet, ut cætera, quæ sunt hereditatis. Finge duos heredes institutos. Unum rogatum restituere portionem suam Titio. Si restituit, deinde alter coheres repudiet here-

1) Consentit Gomez. 1. *Var. resol.* 5. n. 19. Dissent. Cujac. 12. *Obs.* 12. volens, adcrescere heredi fiduciario, si is sponte adiit, quasi ab initio esse ei relicto, ne plus habeat fideicommissarius, quam testator voluit. Jus enim accrescendi, inquit, tantum facit, ne quis minus habeat, quam ipsi relictum, cum sit jus hereditatis, vel legati integrum, nec per concursum socii deminutum. Excipit, nisi heres compulsus adiit, ut in *d. L.* 43. quantum in ipso fuit irritons supremam voluntatem defuncti, ideoque indignus qui ex ea voluntate, vel ejus occasione quidquam consequatur. Sed negandum est Cujacio, voluntatem defuncti magis suffragari fiduciario. Quin proclivior conjectura est pro fideicommissario, quem plus dilexisse censetur. Quia enim jus accrescendi quasi ex tacita, & præsumpta substitutione, vid. *not. supr. C.* 12. *N.* 2. in substitutione autem easdem partes repetitas censetur, quæ in institutione, propterea quod utrobique æqualis testatoris credatur affectus; idem ad institutionem precariam, & substitutionem præsumtam ex pari ratione trahi posse videtur. Accedit, quod portio portioni accedit, non personæ, *L.* 33. *in fin. de Usufr.* Hoc sane interesse hic putarem inter fiduciarium, qui coactus, & qui sponte adiit, quod ut hic quartam, de portione in qua institutus, detrahit, ita & de ea quæ defectu socii obvenit; ille de neutra. Diss. & A. Fab. 50. *Error. Pragm.* 1. 3. & 4.

hereditatem: placet, portionem deficientem accrescere coheredi, & per eandem ad fideicommissarium transire [a] *L. Papinianus.* 43. *D. ad Trebellian.* & quidem ita transire, ut ei necessario acquiratur. Solum hoc excipitur, nisi in parte altera, quæ jussa non erat restitui, fuerit heres necessarius institutus, qui post restitutionem priorem se abstineat. Veluti si pupillus parenti suo heres exstiterit, & fideicommissam hereditatis partem restituerit, mox abstineat paterna hereditate. Quo casu idem tribuitur hic fideicommissario, quod tribueretur ipsi heredi, qui suam partem agnovisset. Cui deinde altera portio a necessario herede se abstinente accresceret. De quo in *L. cum hereditate. D. de acquir. hered.* nam ut illi, sic huic fideicommissario defertur optio, ut aut portionem quoque pupilli agnoscat, aut a toto discedat. Quo declaratur, nisi hæc conditio sit alterius coheredis, ejus portionem deficientem fideicommissario accrescere etiam invito. Tantum hæc quæruntur in *dict. L. Papinianus.* primum, qua actione fideicommissarius petere possit ab herede portionem, quæ illi accrevit. Deinde, an ei opus sit nova restitutione ad eam portionem nunc primum acquirendam.

III. Quod de actione quærit, inde nascitur, quod fideicommissi persecutio competit de eo, quod fidei heredis commissum est, seu de eo, quod rogatus est restituere. Solum autem de portione sua restituenda rogatus est, non de altera. Et respondet Papinianus, fideicommissarium in eo securum esse posse. Id sic accipiemus, fideicommissarium ad petendam portionem accrescentem non egere alia actione, de quo quæsiarat; sed eo nomine eamdem fideicommissi persecutionem esse, quæ & de altera vere fideicommissa. Nam qui de portione sua restituenda rogatus est, vi ipsa & de commodis omnibus, quæ essent hereditaria, rogatus est. In his autem commodis est jus accrescendi, & per hoc portio, quæ accrevit.

IV. Quod autem quærit, an opus sit fideicommissario nova restitutione hujus partis accrescentis, ideo quærit, quia, ut diximus, non acquiritur hereditas ex fideicommisso, nisi restituta. Quam quæstionem ponit tantum, & in medio relinquit. Nos respondebimus totam hanc portionem accrescentem postquam accrevit, statim fieri fideicommissarii, & ut fiat, sufficere præcedentis portionis restitutionem. Hac enim portione semel quæsita, reliquæ deficientes ei conjunguntur, & accrescendi jura quemvis defuncti successorem, qui illam partem habeat necessario sequuntur: *L. qui patri. in fin. D. de acquir. hered.* *L. si ex pluribus. D. de suis & legit. hered.*

V. Quæ commoda percipiuntur ex rebus ipsis hereditariis post aditam hereditatem, non omnia sunt in eadem caussa. Quædam, ut superiora, in restitutionem veniunt, quædam fiunt heredis propria.

VI. In restitutionem veniunt tanquam hereditaria, duo: percepta ex actione, & obligatione hereditaria; & ancillarum partus.

VII. Quæcumque consecutus est heres ex actione, & obligatione hereditaria, dum a debitore hereditario solvitur, si obligatio est de sorte, non de usuris, aut pensionibus, id est de accessionibus: fiunt hereditaria, eoque & heredi restitui debere placuit. Usque adeo, ut & quod solutum est heredi ab eo, qui natura tantum debuerit, placeat, reddendum esse fideicommissario. *L. si heredi.* 47. *D. ad Treb.* Merito: nam ipsa actio & obligatio omnis præcedens fuit hereditaria, ut est in *L. deducta.* 58. §. *qui post. ad Treb.* quippe defuncto, aut hereditati ipsi ante quæsita. Proinde & hereditarium, quod inde debetur; cum quod debetur, id sit, quod obligatione continetur. Unde hæc, nomen, id quod debetur, item actio, & obligatio nostris idem valent. *L. nomen. D. de lega.* 3. *L. creditur.* §. *penul. D. de lib. leg.* Plane si actio erit de usuris, aut pensionibus rerum, hæc percepta fructuum conditionem imitantur, ut fiant heredis, uti & fructus. *d. L. deducta.* 58. §. *qui post.*

a) Cujac. *d. C.* 22. pro, *alia actione*, in *d. L.* 43. legit. *alia editione*, quia, inquit, nulla est actio fideicommissario, sed extraordinaria persequutio, & A. Fab. *d. Err.* 4. reponit, *cautione.* Sed Resp. Actionis vocabulum latius acceptum etiam extraordinariam persequutionem continet, ceu convincit ipsa *L.* 178. §. 2. *de V. S.* & maxime §. *ult. ejusd. L. ibi omnem actionem &c.* sive fideicommissi persequutio. Idem Cujac. pro *ignarus sit*, reponit *gnarus sit*, vel *gnaruit*, id est resciverit. Sed utut Livius, teste Festo *Lib.* 7. & Perotto *Cornucop. in* 6. Martial. *Epigr. f. mihi* 559 vocem gnaruisse usurpaverit, non tamen pro rescivisse, sed pro narrasse. Nec Ulpianus hujusmodi verbis facile utitur. Forte in *d. L.* 43. ignarus pro gnaro, ut vocula *in* non privet, sed augeat, quomodo ipse Cujac. *mihi* 15. *Obs.* 18. insscientem exponit pro scienta, de quo alibi. Dici tamen potest verbis illis: *deinde ignarus sit accrevisse post restitutionem, &c.* significari accretionem quidem factam ante restitutionem (ut illa *post restitutionem*, referatur ad voculam *ignarus*, non ad verbum *accrevisse*) Sed id ignorasse tam in restitutione, quam aliquo tempore post eam. Atque eum casum tractasse Papinianum, in quo & ex ignorantia fideicommissarii decisio facilior, cum, si scivisset ante restitutionem obventionem partis quæ accessit, ei imputari posse videretur, quare non ad ejus partis restitutionem heredem compulerit, &c.

Digitized by Google

post. D. ad Trebellian. De quibus mox.

VIII. Partus ancillarum hereditariarum, & partuum partus sive ante hereditatem, sive post editi sint, pariter in restitutionem veniunt, ut hereditaria. *L. mulier.* 22. §. *sed enim. D. ad Trebellian.* Neque excepti videntur, etsi testator rogaverit heredem, ut hereditatem post mortem suam restitueret, exceptis reditibus. *L. deducta.* 58. §. *hereditatem. D. eod.* Nam reditus est in fructu. *L.* 7. *D. de usufr.* Partus autem in fructu non est. *d. L. mulier.* 22. §. *sed enim. L. in pecudum. D. de usur.* Loquor de eo partu, qui perceptus est ab herede ex fideicommisso, quod præsenti die debebatur. Nam [3] si sub conditione relictum fuerit, aut in diem: & fructus, & partus ante diem fideicommissi cedentem percepti fiunt heredis, nec fideicommisso continentur. *L. respondit.* §. 1. *D. de usur. L. mulier.* 22. §. *si heres. D. ad Treb.* Usque adeo, ut fiant ejus, etsi rogavit testator simpliciter, ut heres post diem restitueret, non autem ut restitueret sine reditibus, seu deductis reditibus, tametsi ita proponitur factum in *d. L. respondit.* §. 1. *de usur.* Non enim illis per id tempus fructus, aut partus percepti ideo fiunt heredis, quia reditus exceptus est; sed quia testator dilationem fideicommisso ideo adjecit, ut quæ interim commoda ex hereditate essent, ea ad heredem pertinerent: cujus caussa dilatio adjecta est. Unde dicuntur hæc commoda percipi judicio testatoris. *d. L. mulier.* §. *si heres, ad Trebel.* Non est contrarium, quod Papinianus scribit in *L. deducta.* 58. §. *hereditatem. ad Trebel.* hereditatem post mortem suam exceptis reditibus restituere rogatum, ancillarum partus non retinere. Hoc enim, ut conveniat cum superiore responso, quod est Pauli, sic [4] accipiemus, ut non retineat propter hanc adjectionem, exceptis reditibus, seu ut non retineat, quo casu, reditu non excepto, eos restitueret. Quod fit, si ante aditam hereditatem editi sint, aut post diem fideicommissi cedentem. Cæterum si adita hereditate ante diem fideicommissi, judicio testatoris locus erit, ut quæ interim commoda exstiterint, voluntate testatoris ita fiant heredis, ut & in quartam imputentur. Neque vero alia de caussa imputantur, nisi quia hoc ipso judicio retinentur. *d. L. mulier.* §. *si heres.*

IX. His exceptis, quæcumque percipiuntur ab herede ex rebus hereditariis singulis, una hac definitione continentur, ut fiant [5] heredis propria, nec veniant in restitutionem. Hujus generis sunt, quæ servi hereditarii post aditam hereditatem stipulati sunt, aut per traditionem acceperunt. *L. ita.* 27. §. 1. *D. ad Treb.* aut si qua hereditas servo delata jubente herede ab illo adita est. *L. facta.* 63. §. *si heres. D. eod.* Hujus generis actiones omnes ex rebus hereditariis quæsitæ heredi post aditam hereditatem. Veluti, si heres pecuniam hereditariam crediderit suo nomine, & pignus acceperit. Hic & conditio certi ex mutuo, & actio hypothecaria ex superioribus caussis quæsitæ heredi, eædem & propriæ sunt ejus, nec fideicommissario restituere cogitur. Si tamen in eum contractum, qui a defuncto fuerat interpositus, pignus acceptum sit ab herede, non transibit quidem hoc casu hypothecaria actio in fideicommissarium ex fideicommisso: sed tamen placet, eum habere actionem adversus heredem, ut ei cedat pro pignoris commodo actionem, quia alioqui pignus apud heredem inutile futurum sit. Hæc in *L. si heres pecuniam.* 73. *D. eod.* Ergo & actio legis Aquiliæ quæsita heredi ex eo, quod damnum in re hereditaria datum est, sic fiet heredis, ut non transeat ad fideicommissarium

3) Ita & distinguit Zoanet. *Lib. de Duplici venatione* n. 2. qui ibidem & n. 3 & seqq. tractat, quare partus non sint in fructu. Non autem in d. L. 22. §. 3. pro *quia* legendum *quamvis*, ut vult Charand. 2. *Verisim.* 3. sic habere referens antiquos manuscriptos, & excusos Codices. Neque enim magis restitui deberent partus, si in fructus essent, sed minus.

4) Solutio hæc divinat, & *Text. d. L.* 58. §. 4. distinctionem inter tempus, quo editi partus, via admittit. Melius forte Fac. 5. Q. 43. antinomiam inter *d. L.* 14. §. 1. & *d. L.* 58. §. 4. diluit, ex verbis extremis d. §. 4. qui *summissi gregem retinent*, ut non simpliciter ibi loquatur IC. de partu, vel fœtu, sed de submisso in locum mortuorum capitum, ut familia vel grex maneret. Nec obstat vocula, gregem, quæ ad solos fœtus referri videtur. Nam & familiam complecti potest, sicut Plautus dixit in *Aulular. Act.* 3. *Sc.* 3. venalium gregem. Terent. *in Heautont. Act.* 2. *Sc.* 3. Ancillarum gregem ducunt secum, &c. Quam solutionem & paucissimis innuit Govean. *ad L.* 25. *ad L. Falc. n.* 3. & videtur probari ex Synopsi Basil. *Lib.* 35. *Tit. de fideic. act. restit. C.* 53. Sed malo statuere partus, & fœtus omnino venire in restitutionem per *Text. L.* 3. *in fin. pr. de instr. leg.* Et quia Papin. *in d. L.* 14. §. 1. decisionem plane fundat in verbis testamenti, *exceptis redditibus.*

5) Hor. 1. *Amicab.* 17. *cir. fin.* Cum hereditas aditione esse desierit, facta patrimonium heredis, non acquiruntur fructus, post eam jure hereditario, & jure civili, quia tempore aditionis non erant, sed jure gentium pro cultura, & cura, sicuti a quovis bonæ fidei possessore rei singularis. P. Greg. 42. *Synt.* 29. n. 20. rationem, quod fiduciarius fructus post aditionem perceptos lucratur, etsi dies restitutionis cesserit ac venerit, quod substitutus est in mora petendi (quæ ipsa ratio est Ulpian. *in L.* 22. §. 2. *h. t.*) nec heres malæ fidei possessor, vid. & A. Fab. 11. *de Err. Pragmat.* 3. Manoch. *de Arb. Cas.* 256. In. Cop. *Lib.* 2. *de Fruct. Tit.* 3. C. 1. Matthaeus. *Lib.* 4. *Epit. legat.* C. 5. & *seqq.* Sed hæc de fructibus perceptis. Nam si usuræ, aut pensiones ex caussa hereditaria debitæ, nondum exactæ sint, actio ad eas petendas in fideicommissarium transit *L.* 44. §. *ult. h.* Dion. noster *ad Rub. C. h. t. n.* 12.

sarium, *d. L. qui ita.* 66. §. *si damnum. D. eod.* In primis autem ad hoc genus commodorum pertinent fructus rerum hereditariarum; quos maxime constat percipi ex rebus hereditariis. Et hos placet, eodem jure in fideicommissariam hereditatis restitutionem non venire. *d. L. in fideicommissariam, in princ.* Et ut loquitur Marcellus, fructus fideicommissarium non sequi. *L. postulante.* 44. §. 1. *illic, sane pro fructu, ad Treb.* Quod semper de his dictum intelligere debemus, qui post aditam hereditatem exstiterunt. Nam qui ante percepti sunt, eos in diversa caussa esse diximus, utpote a principio quæsitos hereditati, atque ita factos hereditarios. *L. ita.* 27. §. 1. *eod.* Quod si fructus non veniunt in restitutionem, ne illa quidem venient, quæ fructuum vice sunt, quæ paulo longius a rebus hereditariis discedunt. *L. quod his verbis.* 83. *D. de leg.* 3. Fructuum vicem obtinent pensiones, & mercedes rerum locatarum, *L. mercedes. D. de her. pet.* item usuræ. *L. usuræ. D. de usur.* Quamobrem & hæc omnia ab herede percepta fideicommisso eximi legimus, ne in restitutionem veniant. *L. postulante.* 44. §. 1. *L. deducta* 58. §. *qui post*, §. *ante. D. ad Treb.*

X. Sed quæritur totius hujus sententiæ ratio: hujus, inquam, quæ est de omnibus, quæ ex singulis rebus hereditariis percepta sunt; nec immerito quæritur. Constat enim in fideicommissum hereditatis omnia cadere, quæ sunt hereditatis. *d. L. in fideicommissariam.* §. 1. Cur non igitur, quæ sunt percepta ex rebus hereditariis? Hoc ideo, quia non sunt hereditatis. Quod innuere voluit Ulpianus in *d. L. in fideicommissariam.* §. 1. his verbis: *fructus*, inquit, *non hereditati, sed rebus ipsis accepto feruntur.* Sensus enim est: fructus perinde habendos, ac si accepti essent ex rebus ipsis hereditariis, non ex hereditate. Ex rebus ipsis percipi constat. At cur non hac ipsa de caussa ex hereditate, cum hæ res sint hereditatis? Minime vero hæ res sunt hereditatis. Fuerunt olim hereditatis ante eam aditam, quo tempore hereditas erat domina. *L. hereditas.* 2. *D. de acquir. rer. domin.* Adita hereditate, cœperunt esse heredis, qui ipse tum in jus omne defuncti successit. *L. heres in omne. D. de acquir. hered.* Quo facto, simul desiit hereditas earum rerum esse domina; &, quod idem est, desierunt res ipsæ esse hereditatis. Neque enim duo in solidum ejusdem rei domini esse possunt. *L. si ut certo.* §. *ult. D. com.* At enim fructus, & quæ fructuum loco sunt, in petitione hereditatis dicuntur omnia augere hereditatem, atque adeo fieri hereditaria, eaque de caussa a possessore restitui debere. *L. sed etsi lege.* §. *ult. L. ancillarum. D. de her. pet.* Sed nihil hic non recte constitutum; nec quicquam in eo huic loco, & restitutioni propositæ contrarium. Nam hereditaria in hac restitutione proprie vocamus solum ea, quæ sunt hereditatis, & quandoque in bonis defuncti fuerunt, unde & pendent: quæ sola placet venire in fideicommissariam restitutionem. *L. in fideicommissariam.* 18. §. 1. *L. qui ita.* 66. §. *si damnum. ad Treb.* In petitione autem hereditatis quæ dicuntur hereditaria, & augere hereditatem, ut in restitutionem hereditatis veniant, ea paulo generalius dicuntur, non ea solum, quæ sunt, fueruntve aliquando hereditatis: sed etiam quæ heredi primum sunt quæsita, facta tamen ejus per caussam, & occasionem hereditatis prius illi quæsitæ. Qualia sunt ea, quæ adita hereditate percepta sunt ex rebus singulis, quæ aditione heredis factæ erant. Has res omnes placet ea petitione adversus possessorem æstimari, ut restituat, & restituat petitori; merito utrumque. Nam possessor heres non est; ut proinde nihil habeat, quo possit sibi quidquam ex ea hereditate defendere. Quam ob caussam & si quid inde possidet, aut dolo fecit, quominus possideret, restituere cogitur. Restituit autem petitori hereditatem vindicanti: nempe quia is vere heres est; certe sententia judicis talis pronuntiatur. Ad quem propterea omnia ex bonis hereditariis percepta pertinent; idque eo magis, si percepta sint ex rebus iis, quæ jam illius propriæ esse cœperant.

XI. Non eodem modo in fideicommissaria restitutione æstimantur istæ accessiones adversus heredem rogatum, ut eas cogatur restituere. Cum enim vere sit heres, & fructus, itemque accessiones reliquæ post aditam ab eo hereditatem ex bonis ejus perceptæ sint: non potest, quin jus ipsarum rerum, unde natæ sunt, sequantur, atque ita fiant ejus. *L. qui scit. in pr.* & §. 1. *D. de usur.* Porro quæ ita heredis facta sunt, ideo non cogitur is ea restituere fideicommissario, quia lex, & conditio restitutionis fideicommissariæ refragatur: in quam, ut dixi, placet solum venire, quod est hereditatis. Fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur. *d. L. in fideicommissariam.* §. 1. *ad Treb.*

XII.

Digitized by Google

XII. Sed rursum si hoc ita est, cur quod de fructu dicimus, non idem de partu dicimus? Nam & hic percipitur ax ancillis hereditariis: & hæ adita hereditata non minus sunt haredis, quam res cæteræ, quæ sont in hereditate. Dicemus, partum non proprie ex ancillis percipi videri. Siqnidem ea proprie dicuntur ex re aliqua percipi, quæ sunt fructus ejus rei. Partus autem oon est in fructu. *L. in pecudum. D. de usur.* Sed & illa maxime proprie, quæ ex re sliqua ita nascuntur, ut sint ejus rei accessiones. Partus autem ancillæ non est ancillæ accessio, sed taoqnam pars principalis quædam, qnæ tanquam per sese axsistans, & ipsa par se spectetur, propter hominum dignitatem, nt est in *L. justissime. D. de æd. ed.* Quod si partus ex ancilla non proprie percipitur: sequitur, ut cum aliunde non possit, quam hinc, aut ex hereditate percipi, magis ex hereditate percipi intelligatur. Et carte si matar hereditaris est, etiam partus, qui hujus pars est, & pars æqua priocipalis, existimari debet esse hereditarius.

XIII. Quod taman de fructibus dicimus, hos ante restitutam hereditatem ab herede perceptos sic fieri ejus, ut non cngatur restituere: sic accipiandum est, nisi aut mora facta sit, aut tastator velit restitui. Tot enim suot superioris sententiæ exceptiones traditæ in *d. L. in fideicommissariam. in princ. ad Trebel.*

XIV. Mora fideicommisso ab herade facta, exinde froctus, & cætera commoda postaa percapta præstanda sunt. *d. L. in fideicommissariam.* 18. *L. ita*, 27. §. 1. *L. postulante.* 44. *in fi. D. ad Treb. L.* 3. *in princip. D. de usur.* Nam quod dicitur in *L. videamus. §. si actionem. D. de usur.* Si actio sit ad id coosequendum, quod meum non fuit, valuti ex stipulatu, fructus me non consequi, etiam si mora facta sit: de strictis judiciis dicitur, ut declaratur in *d. L.* 3. *§. in his quoque. de usur.* Ad booæ fidei judicia eonstat non pertiuere. *L. mora. §.* 1. *D. de usur.* Sed nec ad legata, & fideicommissa, quæ in hac re bonæ fidei judiciis comparantur. *L. in minorum. C. in quib. cau. in int. rest. nec non est.*

XV. Voluntas maxime testatoris facit, ot si voluit fructus cum hereditate restitui, hi restitui debeant. Habet enim hæc voluntas fideicommissum non minus in fructibus, quam in heraditate ipsa defuncti. Non minus ergo & boc fideicommissum servandum. *Institut. de singul. reb. per. fi l. rel. in princ.* & §. 1.

XVI. Voluntas testatoris de fructibus restituendis declaratur duobus modis. Aut enim exprimitur verbis, aut ex dilatione fideicommisso adjecta colligitur.

XVII. Verbis exprimitur interdum aperta, noonunquam obscurius, ut obscuritas interpretatinoe egeat.

XVIII. Aperte, ut cum testator nominatim jubet hereditatem restitui una cum fructibus. Quæ species dubitationem non habet. *d. L. fideicommissariam. in prin. ad Treb.*

XIX. Obscurius, cum tastator nihil axprimit de fructibus rastituendis: sed tamen his verbis utitur, ex quibus eum de fructibus quoque sensisse intelligatur. Quo in genare tres formulæ occurrunt observatu dignæ, in quibus hæc interpretatio a veteribus admissa est: neque id tamen sine incertitudine, & justa dubitatione, quæ ex varbis nascatur, quo diligeotius species ipsæ notandæ, & cognoscendæ sunt.

XX. Prima est, cum rogatur heres cum incremento restituere hereditatem. Incrementi varbo placet omnia quæ ex rebus hereditariis acquiruntur, contineri. Hujus santentiæ argumentum est in [6] *L. facta.* 63. *§. si heres. D. ad Treb.* ubi Cajus superioribus verbis eontineri vult aa, quæ par servum beraditarium quæsita sunt. At hæc, item & fructus ex bonis percepti in eadem caussa habentur. *L. ita tamen. §.* 1. *eod.* Et certe fructus non minus sunt incramentum hereditatis, quam res cæteræ per caussam bereditariarum rerum quæsitæ; quin potius in hoe incremento habendi sunt, cum ex corporibus ipsis rerum nascantur, cætera axtrinsecus.

XXI. Secundam speciam hanc in hoe numero babuit Papinianus, eum testator ita rogat heradem, ut post mortam suam, quidquid ex bonis superfuerit, Titio restituat. Hic, inquit, ut cætera ex hereditate, sic quod ex fructibus supererit, jure voluntatis restitui oportebit. *L.* 3. *§. nonnunquam. D. de usur.* Sed habet hæc species magnam difficultatem ex duobus ejusdem Papiniani responsis in speciem plane contrariis. Unum est in *L. heredes.* 57. *in princ. ad Trebel.* Tastator ita scripsit: *heredes mei quidquid ad eos ex hereditate, bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriæ meæ coloniæ Beneventanorum.* Ille respondet, in proposito nihil de fructibus penden-

6) Ubi tamen vers. & *hoc faciendum*, usque ad finem §. Triboniano adsignat A. Fab. 12. *Conject.* 17.

dente conditinne perceptis petitum videri, idque constitisse. Exstat & hujus simile responsum, vel potius idem in *L. quod his.* 83. *de leg.* 3. Atqui omnia, ut videtur, in hoc exemplo cum superiore similia, aut etiam ampliora. Utrobique testator eodem verbo res restitoendas complectitur, ut dicat, quidquid in hereditate erit. Utrobique idem restituendi tempus, ut restituat heres post mortem suam. Utrobique de fructibus pendente conditione, idest, vivo berede perceptis agitur. Illud 7 interesse quis putabit, quod in priore rogatur heres, ut restituat quidquid ex bonis supererit; in posteriore, ut restituat, quidqnid ad eum pervenerit. Et sane inter hæc verba multum interest: cum priora deminutionem rerum admittant: *L. Titius. 54. ad Treb.* posteriora non admittant. *L. si heres institutus.* 70. §. 1. *eod.* De quo paulo post. Sed hoc non eo pertinet, ut minus in posteriore fideicommisso videatur testator de fructibus restituendis rogavisse. Quin potius hæc verba, quidquid pervenerit, citius contineant fructuum restitutionem, quam illa, quidquid supererit. Plenius est enim, quidquid pervenerit: cum his verbis rogetur heres restituere, quidquid pervenit, sive supersit post mortem ejus, sive non supersit; illis autem, quidquid sopererit, primum nihil contineatur, nisi quod pervenit: quoniam nihil cuiquam superest, nisi de eo, quod apud eum fuit. Deinde non contineatur omne, quod pervenit, sed solum quod pervenit, & superest. Et plane in his omnibus nihil adhuc proponitur, quo una ex his scripturis ab altera distinguatur in fructibus restituendis. Sed [8] in eo discrimen observandum puto, quod in priore illa testator ita dicit, qoidquid de bonis supererit, heres restitoas. In posteriore its, quidquid ex hereditate bonisve meis. Ut illic simpliciter de bonis exprimat; hic de bonis suis. Altera recte dixit Papinianus contineri, ut fructus restitoantur; altera recte contineri negat. Qui dicit, quod de bonis supererit, nec adjecit meis, is de fructibus, qui supererunt, restituendis satis exprimit. Verum est enim fructus ex rebus hereditariis pendente conditione perceptos, & superesse ex aliquibus bonis: iis nimirum, quorum sunt illæ res hereditariæ. Non sunt ea bona defuncti: at sunt bona tamen, ut qui inde percepti sunt fructus, vere dicantur percepti ex bonis, & si qui supersunt, vere ex bonis superesse. At qui ita dicit, restituas, quidquid ex hereditate, bonisve meis vel pervenerit, vel supererit: is adjectione suorum fructus ex rebus hereditariis perceptos etiam exclusit. Quos enim fructus heres vivus percipit pendente conditione, eos non percipit ex bonis defuncti, sed suis.

XXII. Hic vero occurritur etiam altero ejusdem Papiniani responso. In quo priori illi scripturæ, de qua agimus, similia omnia etiam in hac parte sese ostendunt; negat tamen Papinianus in ea specie fructus venire. Testator ita scripsit: quod ex hereditate supererit, cum morieris, restituas. Fructus, inquit, superfluus restituere non videtur rogatus; quia verba fructuum additamenta non recipiant. Hoc eadem illa *L. heredes.* 57. §. *penult.* An quod dixit testator, quod ex hereditate supererit, non autem quidquid supererit? Sed nihil interest, utrum testator ita dicat, quæ Sempronio vivos præstabam, an vero, quidquid præstabam. *L. Sempronio. D. de usu, & usufr. leg.* Quod mihi uxor dedit, an quidquid mihi dedit. *L. ultim. D. de dot. prælegat.* Quidquid meum erit in illa regione, an quod meum erit. *L. 6. D. de instru. leg.* Discrimen in eo est, quod alibi testator ita scribit, quod ex bonis supererit; alibi quod sopererit ex hereditate. Fructus percepti, si qui supersunt, semper supersunt ex bonis. Sunt enim percepti ex aliquibus bonis. At non possunt dici superesse ex hereditate, qui ex hereditate percepti non sunt. Non enim percepti sunt ex rebus, quæ essent hereditatis, sed ex iis quæ cœperant jam esse heredis. Et aperte dicit Ulpianus, hos fru-

7) P. Perrenon. 1. *Animadv. & Var. lect.* 11. scribit, discrimen inter verba, *quicquid ex bonis superfuerit*, & illa *quicquid ex hereditate superfuerit*, satis aperte refelli *L.* 53. *pr. de leg.* 3. *L.* 57. *pr. h. t.* Et discrimen quod alii (Cujac. 12. *Obs.* 10.) faciunt inter, *Quod pervenerit*, & *Quod superfuerit*, refelli ex *L.* 3. §. 2. *de Usur. L.* 2. §. *ult. de dote prælег.* Ergo sic tenendum esse: Restituendos fructus, si de testantis voluntate constet, alias non. Hinc addi de voluntate testatoris in *L.* 3. §. 2. de *Usur. L.* 32. *h. t.* Sed non expedit ille quando, & unde de voluntate constet. Expeditius autem sane hic Don. noster. Alter Io. Copus *Lib.* 2. *de Fruct. Tit.* 3. *Cap.* 2.

8) Ita & Pac. 5. Q. 39. quod minime omnium refellitur per. *d. L.* 53. *pr. d. L.* 57. *pr.* ceu videtur Perrenon. ut *N. præced.* Nam in iis LL. pariter negantur fructus in restitutionem venire, & ibi Bona, ac Hereditas conjuncta sunt. Pejus autem Cujac. 12. *Obs.* 10. deleta vocula non, in *d. L.* 58. §. *pen.* putat ejus §. hunc esse sensum: quod medio tempore possit quidem fiduciarius deminuere, & alienare res restitutioni subjectas, (quod quatenus verum sit, vid. *C. seq.*) non vero superfluos fructus acquirere. Nam verba: *fructuum additamentum non recipiant*, non respiciunt heredem fiduciarium, sed fideicommissarium, ut Perrenon. *d. C.* 11. vel, quod verius videtur, hereditatem ipsam, sicuti & præcedentia: Sensus: Non augetur fructibus hereditas restituenda fideicommissario, sicuti deminuitur rebus quibusdam ex hereditate alienatis, vel peremptis. verum heres percipit fructus sibi, ut ex rebus suis.

fructus hereditati accepto non ferri. Quod nihil aliud est, quam ex hereditate non percipi.

XXIII. Tertia species, in qua Celsus putavit verba testatoris inducere fructuum restitutionem, est ea, quæ refertur in *L. Ballista.* 32. D. ad Treb. *heres si sine liberis morietur, quantacumque pecunia ex hereditate, bonisve meis ad eum pervenit, eam pecuniam omnem Titio restituat.* Respondit Celsus, in hac specie existimare se his verbis, omnem pecuniam, etiam fructus, quos heres ex hereditate percepit, restituere eum debere: perinde quasi specialiter hoc testator expressisset. Apparet ergo, Celsum motum potissimum verbo [9] *pecuniæ* id existimare; neque idem putare, si his verbis fideicommissum relictum esset, quidquid ex hereditate, bonisve meis ad te pervenerit; etsi utrobique verbum esset universale quidquid, quodcumque, omne. Et vero ex his verbis quidquid pervenerit, fructus contineri Papinianus negat in *d. L. heredes. in prin. D. eod.* Quid ergo interest inter has orationes, quidquid pervenerit, & quantacumque pecunia pervenerit? Probabiliter [10] dicemus, hoc interesse, quod his verbis, quidquid pervenerit, significantur res, & corpora quæ pervenerunt; his autem, quantacumque pecunia, significatur quantitas; eoque æstimatio rerum, & pretium, quod in quantitate consistit. Res ipsæ aliæ, quæ percipiuntur beneficio hereditatis quæsitæ, ut fructus, nascuntur ex rebus ipsis, & corporibus hereditariis: non ex hereditate, quæ incorporalis res est. Fructuum autem æstimatio non utique ex rebus hereditariis est, quæ pecuniam non gignunt; sed ex hereditate, quæ ut est jus, ita & hujus pecuniæ nanciscendæ jus dedit per res hereditarias. Et hæ orationes sunt, in quibus veteribus probatum est testatorem de fructibus restituendis significasse. Unde & in his fructus restituendos responderunt.

XXIV. Eadem voluntas & sine verbis intelligitur nonnunquam. Colligitur autem ex dilatione fideicommissi, quam constet adjectam esse fideicommissarii caussa: ut in hac specie respondit Papinianus. Mater heredem propinquum a se institutum rogaverat, ut filiæ suæ, id est testatricis, quidquid ex bonis ejus ad se pervenisset, restitueret, cum certam ætatem pupilla complesset. Idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendere, ne filiæ tutoribus, sed potius necessitudini res committeretur. Existimavit Papinianus, fructus, qui bona fide ab herede ex bonis defuncti percepti essent, restitui debere. Hoc ille in [11] *L. 3. §. cum Pollidius. D. de usur.* At alibi dicuntur hi fructus ante diem fideicommissi cedentem percepti maxime ex omnibus fieri heredis, nec debere restitui, quia percipiuntur etiam judicio testatoris. *L. mulier. 22. §. si heres. D. ad Trebell.* Sed hoc tum recte dicitur, ubi non probatur diem alterius caussa adjectum esse, quam heredis, ejusdemque debitoris: ut in re dubia semper intelligitur dies adjici. *L. eum qui Calendis. §. ultim. D. de verborum obligat.* At ubi constat adjectum esse fideicommissarii caussa, ut factum esse in superiore specie verba testatricis aperte indicant: ex fine dilationis contraria voluntas testatricis perspicitur. Declarat enim hic finis testatorem esse hoc animo, ut velit post diem fideicommissi cedentem hereditatem ad fideicommissarium pervenire eo modo, & cum eo emolumento, quod futurum esset,

9) Dissent. Cujac. 4. *Obs.* 39. verba, id est *pecuniam*, in d. *L.* 32. imperito interpreti adscribens, & decisionem ibi specialem putans ex verbo *caverit*, quasi testator, cautione prætoria, quæ alias legatorum nomine præstari solet, ac incrementum fructuum non recipit, *L.* 1. §. 13. *Ut leg. nom. cav.* haud contentus, voluerit fideicommissum ex cautione conventionali præstari, quæ plenior esset, & incrementum reciperet arg. *L.* 178. §. 1. *de V. S.* Sed his parum inest roboris: nec ex unde cautionis injunctione satis apte colligitur, testatorem in plus voluisse gravare heredem, quam eo non adjecta, præsertim filium. Et verba extrema, *perinde quasi specialiter*, convincunt, decisionem inferri, non ex adjectione conditionis de cavendo, sed ex vi *generalium verborum*, & repetitione vocis *pecuniæ*, &c. Denique caussa nulla urgens membrum de corpore legis resecandi.

10) Sensus hic Donell. nostri videtur, forte non satis ex his, omnino autem ex ipsius verbis, cuivis obvius. Qui omnes res hereditarias per fideicommissum relinquit (quod intelligitur is, qui hujusmodi formulis usus. *Quicquid, quantum, quod superfuerit vel pervenerit*) is intelligitur res omnes, & solas ex ipsa hereditate provenientes reliquisse. Tales sunt quas defunctus reliquit, & quæ hereditati jacenti quæsitæ. Quæ autem post aditionem non item, quia adita, non amplius est hereditas. At qui omnem rerum æstimationem, & pretium relinquit (quod intelligitur verbis his usus: *Quantacunque pecunia pervenit, &c.*) is censetur etiam rerum, quæ post aditionem obvenerunt, pretium reliquisse; quia, utut illæ res, & accessiones, atque fructus, non sint ex rebus hereditariis, sed heredis, pretium tamen earum non est ex rebus, sed jure hereditatis. Verum hæc animum meum non explent. Nam & vox *pecuniæ*, complectitur res, & corpora *L.* 178. *pr. de V. S.* Et in utrique formula relictum est jus universale hereditatis, seu collectio omnium rerum singularium, alioqui neutrobique, si illic jura excluderentur, hic corpora, esset fideicommissum Hereditatis Universale. Ac licet inter æstimationem, & jus Hereditatis majus sit Symbolum, uti & inter ipsos fructus, & corpora, ex quibus nascuntur, non magis tamen dici potest æstimatio fructuum perceptorum post aditionem esse, & oriri ex hereditate, quæ eo quidem tempore, ex nostra sententia, nulla est amplius. Accedo itaque iis (dum probabilius quid occurret) qui IC in *d. L.* 32. geminatione illa permotum, & inde conjectura hanc voluntatem defuncti plenius gravandi sentiunt.

11) Et in specie *L. liberto* 25. §. 2. *in fi. de ann. leg.* Facit *L.* 43. §. 2. *de leg.* 2. Janu. Costa *Lib.* 2. *de Fruct. Tit.* 3. *C.* 2.

esset, si dies adjectus non fuisset. Alioqui noceret dies adjectus fideicommissario, non prodesset. Nunc autem illius caussa adjectum esse dicimus. At si sine die statim restitutum illi esset fideicommissum, exinde quia rerum esset dominus, fructus quoque ex rebus hereditariis nati, & percepti ejus essent. *L. qui scit. §. 1. D. de usur.* Quare & restituta post diem hereditate fructus ejus fieri oportet.

CAP. XXVII.

In iis, quæ restitui debent, servandis, quam curam, & diligentiam heres præstare debeat. Amissis, aut consumptis rebus, quatenus teneatur, aut non teneatur.

Epilogus. I.
Quæcunque in restitutionem veniunt, ea ita demum venire si extent. Si perierint, aut deteriora facta sint, interesse, utrum id casu, *an* facto *heredis, &* culpa *acciderit.* II.
Si casu, *eum non teneri.* III.
Sin ejus mora, *aut* culpa *casum præcesserit, teneri.* IV. V.
Tenetur etiam si quid ejus facto. *de hereditate decesserit.* VI.
Nisi deminuendi potestatem a testatore, *aut a* jure *acceperit.* VII.
Eam testator concessisse intelligitur cum heredem rogat, ut quod ex hereditate, bonisve supererit, post certum tempus restituat. VIII.
In hac potestate inest arbitrium boni viri. IX.
Id duo continet. X.
Unum, ut deminutio rata sit si bona fide facta. XI.
Alterum, ut ea pro rata patrimonii fiat, non ad fideicommissum tota pertineat. XII.
Utrumque explicatur. XIII. XIV.
Jure *conceditur deminutio in actionibus usurarum, aliarumque id genus accessionum.* XV.
Extra has causas, heres, deminuendo, fideicommissario nocere non potest sive pure, *sive* in diem *fideicommissum relictum sit.* XVI.
Quid si sub conditione. XVII.
Negligentia heredis si res hereditariæ perierint, aut deteriores factæ sint, si lata *sit, tenetur; si* levis *non tenetur.* XVIII.
Unde negligentiæ æstimatio duci debeat. XIX.
Utrum levis negligentia *ab herede præstanda.* XX.
Si quid distrahi necesse est natura rerum exigente, aut ære alieno urgente, non tantum id posse fideicommissarium facere, sed debere, *rata alienatione.* XXI.
Periculum evictionis pertinet ad fideicommissarium, de quo fiduciarie in restitutione cavendum; & cur ei hæc cautio necessaria. XXII.
Ex iis apparere quam fuerit hoc loco commodorum hereditariorum necessaria explicatio. XXIII.

I. HActenus ea, quæ ex commodis hereditariis excipi dicimus, ne transeant ad fideicommissarium. Quibus exceptis, nempe hoc confirmamus, cætera commoda hereditaria, si de jure persequendi quæritur, transire ad fideicommissarium restituta hereditate, & si adhuc res ipsæ ab herede restitutæ non sint, omnia actione de fideicommisso ab eo peti posse, & in fideicommissi restitutionem venire. Ea sunt in summa: quæcumque commoda defuncti fuerunt, dum transierint ad heredem, nec sint ex iis rebus, quas in hoc genere excipi diximus; quæcumque hereditati non aditæ sunt quæsita; & post aditam hereditatem jus accrescendi; item partus ancillarum, & partuum partus; fructus item, & emolumenta omnia ex rebus hereditariis percepta post moram fideicommisso factam, aut quæ testator restitui cum hereditate voluit. De quibus singulis esse persecutionem fideicommissi, eamdem quæ ad restitutionem juris ipsius hereditatis, constat *L. ita. 27. §. si ex Trebelliano. L. si heres institutus. 70. §. 1. ad Trebellianum.*

II. Sed ne hoc quidem est perpetuum. Quæ in restitutionem venire, nec excipi dicimus, ea restituenda sunt ab herede, si extant. Si perierint, aut deteriora facta sint; interdum tenetur heres, ut pretium, & æstimationem restituat: interdum omnino non tenetur. Jus hic commune cum omnibus aliis debitoribus, quorum ope-

Digitized by Google

opera, & diligentia aliqua in re debita curanda exigitur. Res autem in hac distinctione posita est. Refert, utrum res casu perierit, an facto heredis, & culpa, quæ in faciendo sit, an negligentia. Etsi autem totus hic locus de casu fortuito, de dolo, omnique culpa a quovis debitore præstanda est a me alibi inter liberationes diligenter, ut confido, pertractatus, & quidem ita, ut tractatio habeat regulam, qua in omnibus obligationibus undecumque natis ad istarum rerum præstationem dijudicandam recte utamur: tamen cum fere singulæ partes superioris distinctionis habeant pleraque sive exceptiones, sive cautiones, quas proprie in hac specie fideicommissariæ restitutionis spectari oporteat, quas easdem & veteres sub titulis ad *senat. C. Trebellianum* persecutos videmus: non gravabor & ipse hanc partem attinere hoc loco; sed intra modum: tantum ut illa, quæ in hac specie omitti non poterunt, in suum ordinem redigantur, simul & quantum licet, explicentur: non ut de his, quæ in hac quæstione cum cæteris obligationibus communia sunt, nisi quatenus facere necesse est, quidquam delibetur.

III. Redeo igitur ad distinctionem superiorem. Etsi quid in hereditate fideicommisso obnoxia casu fortuito periit, heres non tenetur. Quæ casibus fortuitis accidunt, nullo judicio præstantur. *L. contractus. in fin. D. de reg. jur. L. quæ fortuitis. C. de pign. act.* Veluti, si quid perierit incendio, ruina, naufragio, incursu hostium prædonumve, & quæ similia casuum fortuitorum exempla commemorantur. *in d. L. contractus. L. 5. §. quod vero. D. comm. §. item is. Instit. quib. mod. re cont. ob.* Et hoc est, quod legimus, nominum periculum ad heredem non pertinere: item periculum mancipiorum, aut urbanorum prædiorum heredem præstare non cogi. *L. deducta. 58. §. 1. §. penult. D. ad Treb.* Dicitur enim res periculo ejus esse, cui perit, quocumque modo etiam casu fortuito pereat. *L. 5. §. nunc videndum. §. commodatum. D. eom.*

IV. Hæc hoc loco exceptio est, nisi culpa casum præcesserit, ut dici possit, culpam heredis ei casui causam præbuisse. *L. cum res. §. sed si stiens. in fin. D. de leg. 1. d. §. item is, quib. mod. re cont. ob.*

V. In quo numero etiam erit mora heredis, si res post moram ejus perierit. *d. L. cum res. §. ultim. de leg. 1.* nam & mora culpa est, quæ ideo dicitur perpetuare obligationem. *L. si servum in princ. §. sequitur. D. de verbor. obligat.*

VI. Facto heredis si quid decessit de hereditate deteriusve factum est; continuo heres tenetur. Veluti, si quid alienavit, si oppigneravit, si servus manumisit, si quid rupit, vel fregit. Earum rerum nomine persecutione fideicommissi tenetur heres non secus, ac si res in hereditate exstaret. *L. si heres institutus. 70. §. 1. ad Treb.*

VII. Hoc ita est, nisi deminutio rerum sit ei ita permissa, ut, bis deminutis, placeat, eum hoc nomine non teneri. Hanc deminutionem alias testator concedit, alias jus ipsum.

VIII. Concedere intelligitur testator in hoc genere fideicommissi, cum rogat heredem suum, ut, post aliquod tempus, puta post mortem suam, restituat, quod ex hereditate, bonisve supererit. Hæc verba, inquit Papinianus, deminutionem admittunt. *L. deducta. 58. §. penult. D. ad Trebell.* Id est, ut ipse alibi interpretatur, faciunt, ut ea, quæ deminuta sunt, in caussa fideicommissi non deprehendantur. *L. 3. §. nonnunquam. D. de usur.* [1] Recte; perinde est enim, quasi testator ita scripsisset: licet tibi, heres, rebus hereditariis uti, easque consumere usque ad illud tempus, ut videtur. Cum per id tempus usus eris, tum si quid supererit, restituas.

IX. Sic tamen ex his verbis potestas deminuendi accepta est, non ut esset soluta, liceretque fideicommissario quidvis deminuere pro arbitrio, & cum consumpsisset, id fideicommisso detrahere: sed ut crederetur in eo inesse arbitrium boni viri. *L. Titius. 54. D. ad Treb.*

X. Id duo continere intellectum est, quibus iisdem hæc potestas temperatur.

XI. Unum, ut ita rata sit deminutio, si quid deminutum sit bona fide, non intervertendi fideicommissi caussa.

XII. Alterum, ut quod bona fide deminutum erit, non totum ad fideicommissi deminutionem pertineat: sed pro [2] rata patri-

1) *Quia hæc verba quod, supererit, conditionem habent L. 5. de leg. 1.* Conditioni autem, si quid superest, contraria conditio tacite inest, si nihil superest, ne restituat. Dom. noster *ad auth. contra C. h. t. N. 1.* vid. & Cujac. *in Nov. 39. P. 1.*

2) Quia autem hoc jus incertius, aliter disposuit Justinianus *in Nov. 108. C. 1.* unde desumpta est *auth. contra C. h. t.* videlicet ut rogato restituere quod post mortem supererit ex hereditate, liceat de dodrante statuere ac consumere pro libitu, quadrantem autem integrum fideicommissario servare cogatur, cujus nomine satisdatio a fiduciario exigi potest, nisi eam præstari testator vetuerit. Quod si plus consumpserit, de suis bonis sarciet. Si non possit, ad ejus quartæ persequutionem dantur vindicatio, & actio hypo-

patrimonii, quod heres proprium habuit, distribuatur. Has conditiones idem Papinianus posuit, boni viri arbitrium illud interpretatus, in *d. L. Titius.* 54. *ad Trebell. & d. L.* 3. §. *nonnunquam. D. de usur.*

XIII. Bona fide deminuere intelligitur, qui ad victum suum, & familiæ tantum consumit, quantum satis est, & dignitati, ac conditioni personæ convenit. Extra victum, qui res distrahit aut conditione rerum ita exigente, aut urgente necessitate æris alieni: veluti, si distrahat jumenta sumptuosa, res tempore deteriores futuras, aut res alioqui utiles, sed dissolvendi æris alieni caussa, quod sub pœna, aut pignoribus debeatur. *L. Aristo.* §. *ultim. L. ait.* versic. *in caussæ. D. de jur. delib.*

XIV. Quod dicit de erogationibus, quæ ex hereditate factæ sunt, pro modo utriusque patrimonii dividendis, hujusmodi est. Trecenta sunt in hereditate; centum in bonis heredis; heres centum deminuit de hereditate, & bona fide consumpsit in usus suos. Dicimus, hæc centum non decedere solida de hereditate; sed tres partes expensas hereditati ferri, quartam heredis patrimonio: scilicet, ut septuaginta quinque solum imputentur hereditati, quasi inde erogata, viginti quinque pertineant ad patrimonium, & onus heredis; quæ proinde ab illo restitui debeant.

XV. Jura eadem deminutio concessa est in iis actionibus, quæ competunt ad usuras, aut pensiones rerum locatarum, & similes accessiones. Nam actio ipsa a defuncto, aut hereditate profecta hereditaria est, & quamdiu nihil inde exactum est ab herede, una cum cæteris rebus hereditariis restitui debet. At usuræ ipsæ, & pensiones si ab herede exactæ sint, placet, eas, ut fructus ex rebus hereditariis perceptos, fieri heredis proprias, nec cogi eum restituere. *L. postulante.* 44. §. *ult. L. deducta.* 58. §. *qui post. D. ad Treb.* Hoc autem nihil aliud est, quam istarum actionum deminutionem concedere, ut tamen propterea non teneatur heres. Nam qui dicit ista exigi posse ab herede, dicit posse jure. Nec possunt jure, nisi ab eo, cui debita fuerunt, cui proinde solvendo debitores liberentur. Neque vero liberantur debitores, nisi sublata istarum rerum actione.

XVI. Hac potestate deminuendi heredi non permissa, ut evenit extra suprascriptas caussas, manebit certi juris sententia. Quæcumque facto suo deminuit heres de rebus hereditariis, quæcumque deteriore fecit, earum rerum nomine ita eum teneri, ut si res integræ exstarent, & hactenus deminutionem fideicommissario non nocere. *d. L. si heres institutus.* 70. §. 1. *ad Treb.* Sed olim aliis in rebus deminutio heredis poterat nocere fideicommissario. Nam si heres antequam fideicommissam hereditatem restitueret, alienaret quid ex hereditate, aut servum hereditarium manumitteret, rata fuit alienatio, & manumissio. *L. quidam.* 25. §. *penult. d. L. si heres.* 70. §. 1. *ad Treb.* Et hanc veterem dispositionem fuisse scribit Justinianus in *L. ult.* §. *sed quia nostra. C. com. de leg.* Jus contra ab eodem lege constitutum de omnibus legatis & fideicommissis. Cavit enim, si pure, aut in diem relicta sint, ne quid de his rebus possit heres in alium [3] transferre, aut oppignorare, aut manumittere; & in summa, ne quid in his facere domini jure, quem Justinianus pro domino non habet.

XVII. Quod si sub conditione relicta sint: quia pendente conditione heres dominus est, a quo nondum dominium recessit, *L. & post.* §. 1. *D. fa. er.* Non potuit jure effici, quin per id tempus si quid alienaret heres, vel oppignoraret, rata esset alienatio, & oppignoratio. Sed si conditio postea exsistat, jubet, retro versus irritam esse alienationem, quasi nec ab initio processisset. *d. L. ult.* §. *sin autem. C. com. de leg.* Unde intelligemus, quæ ex jure vetere in contrariam sententiam legimus in *d. L. quidam.* §. *penult. & d. L.* 70. §. 1. *ad Treb.* sic accipi debere, ut sint emendata constitutione superiore Justiniani. Nec dubitamus id affirmare, quasi non satis id cautum sit ea constitutione. Aperte enim Justinianus profitetur, se, quod constituit, adversus veterem dispositionem constituere: id est, adversus ea, quæ jure vetere de ea re disposita erant, *in* §. *sed quia.* Excipiemus tamen etiam post constitutionem Justinia-

hypothecaria. Quatuor tamen casibus & imminutio illius quartæ permissa est, qui ex *d. Nov.* 108. peti possunt. Don. noster *ad d. auth. Contra n.* 1. *&* 2. de quib. & Gail. 2. *Obs.* 273. De deminutione rerum, quando ad heredis, & quando ad fideicommissarii onus pertineat, pluribus Peregrin. *de Fideicom. Art.* 11. *n.* 27. *&* seqq.

3) Si tamen ignorans quis emerit rem fideicommisso subjectam, fieri dominium irrevocabiliter putat, Rainal. *Cors.* 3. *Iudaz.* 7. ejus rei plures rationes reddens, quarum potior ea, quod emptio sit titulus onerosus, ideoque emptoris, certantis de damno vitando, melior debeat esse conditio, quam fideicommissarii, qui de lucro captando. Sed, Don. noster ad *d. L. ult.* §. 2. n. 2. & Gail. 2. *Obs.* 137. *n.* 10. videntur ignorantiam oneris fideicommissi in utroque herede, ac emptore exigere, ut alienatio valeat.

stiniani ea, quæ ex fide, & officio administrationis distracta sunt ab herede. De quibus, jam in eo membro distinctionis, quod sequitur, dicemus.

XVIII. Si ergo negligentia heredis, non facto, res hereditariæ perierint, aut deteriores factæ sint, quod erat tertium membrum distinctionis propositæ: refert, quæ fuerit negligentia. Si lata, tenetur heres: si levia, non tenetur. Hoc in *L. mulier.* 22. §. *sed enim. D. ad Treb.* Et *levem* Ulpianus illic describit eam, cum heres peccavit consueta in suis rebus negligentia. Ex quo intelligimus, *latam* ab eo dici, cum heres in rebus hereditariis curandis, & administrandis non adhibet bonam fidem, id est, eam diligentiam, quam poteat, & in suis solet. Quæ & definitio expressa est in *L. quod Nerva. D. dep.*

XIX. Sit ergo ejus negligentiæ, quam ab herede in hereditate fideicommissaria præstari volumus, hæc lex, & regula, ut ejus æstimatio duci debeat ab eo, quod heres pro suo captu in rebus suis gerere consuevit, ac de ea re ita judicetur. Animalia sua curavit heres, neglexit hereditaria, & ob id perierunt; coluit agros suos, neglexit hereditarios; exigit nomina sua, non convenit debitores hereditarios; interim aut actio tempore finita est (nam actionem negligentia heredis tempore finiri, & per quod tempus ipse non egit, cum posset, id tempus imputari fideicommissario constat. *L. si heres institutus.* 70. §. *ult. ad Treb.*) Aut desierunt debitores esse solvendo; res suas, quæ mora deteriores futuræ erant, in tempore distraxit, ut vina, frumenta, fructus, hereditarias corrumpi passus est. Dicemus, enm istarum omnium rerum nomine teneri. Contra neglexit res hereditarias; sed neglexit similiter & suas. Levis hæc negligentia est; cujus nomine non tenetur, etiamsi alius diligens paterfamilias non idem facturus fuerit. *d. L. mulier.* §. *sed enim.* Neque priori parti contrarium est, quod Papinianus scribit in *L. deducta.* 58. §. 1. *ad Treb.* Nominum periculum ad heredem non idcirco pertinere, quod heres a quibusdam pecuniam exegerit. Nominum enim periculum est, ut ante dixi, non si debitores quovis modo desierint esse solvendo, sed si casu repente facultatibus lapsi sint, aut ita occulte, ut ab exteris casus non intelligeretur. *d. L.* 5. §. *nunc. videndum.* & §. *seq. com.* Hoc sane periculum non præstat heres; sed hoc ad negligentiam ejus non pertinet. Non obstat, quod idem heres a quibusdam pecuniam exegit. Nihil enim prohibet, quominus a quibusdam exigat, quia nolit longius iis credere, aut quia diffidat ipsorum facultatibus: ab aliis autem nullam caussam habeat, cur sibi metuat, aut debeat illis esse molestus; unde & ab eo culpa absit, si ab his non exegit.

XX. De negligentia levi, quod negamus hanc præstandam ab herede in hereditate fideicommissaria, videri potest adversari juris certi definitioni, qua traditur, cum in contractu utriusque utilitas versatur debitoris, & creditoris, debitorem in re debita asservanda præstare debere & dolum, & culpam, & quidem *levem. L. si ut certo.* §. *nunc videndum. D. com. L. si servus.* 108. §. *cum quid. D. de leg.* 1. Ex hoc genere esse communionem rerum scriptum est in *L. contractus. D. de regul. juris.* Sed maxime hujus generis esse constat eam obligationem, quæ inter heredem, & fideicommissarium intercedit; in qua hereditatis administratio ad utriusque utilitatem perspicue pertinet: heredis propter quartam, quam retinet, habetque in rebus hereditariis cum fideicommissario communem; item propter usum rerum hereditariarum, quem sæpe habet ad certum tempus: fideicommissarii, propter hereditatem, quæ illi restituenda est. Ut videatur, dici debuisse ex superiore definitione, si quid perierit in rebus hereditariis etiam levi negligentia heredis, damnum heredis esse oportere. Et vero ita dicendum fuit, si eam regulam hic sequeremur. Sed in hac specie non sequimur; & generaliter in omni communione, omnique obligatione, in quam quis cum alio non sua sponte incidit, sed casu, aut coactus, & propter partem suam caussam habet gerendi: ubi necessitas gerendi justam excusationem habet, ne ab eo plus exigatur in alienis rebus, quam in suis captu pro suo præstare potest, & solet. Quod in communione rerum hereditariarum inter coheredes constituta confirmatur in *L. heredes.* §. *non tantum. D. fa. erc.* sed addita ea ratione superiore, quæ ad omnes species similes pertinet.

XXI. Sed ut major diligentia non exigitur ab herede in tractanda hereditate fideicommissaria, quam quantam præstare solet in suis rebus: saltem hoc relinquitur, ut eamdem in rebus hereditariis præstare debeat. Hæc obligatio facit, ut si quid necesse sit distrahi de rebus hereditariis natura rerum, aut utilitate hereditatis ita exigente, non tantum possit heres distrahere, sed etiam debeat, ut si res mora deteriores futuræ sint, aut æs alienum

num urgeat. Quod si potest, & dabat, perspicuum ast, si fecerit,[4] ratam esse alienationem. Non enim potest, nisi quia potest jura. Quod si jure, nihil illi deest ad alienandi potestatem. Nam & summo jura heres ante restitutam hereditatem rerum hereditariarum adhuc dominus est.

XXII. Unda quæsitum de evictiona istarum rerum, si forte repariantur postea esse alienæ. Placatque, periculum avictionis non ad heredam qui bona fide rem gessit, sed ad fideicommissarium, cujus de ra agitur, pertinera; ideo & in restituenda hareditata caveri heradi oportare, si quid ex his evictum essat, id a fideicommissario præstitum iri. *L. de evictione. 69. D. ad Trebellianum.* Necessaria cautio heredi ideo, quia aum ipse vendiderit, obligavit se ipse emptoribus de evictione. Quam obligationem facto suo contractam postea invito adversario defugere non potest. *L. procurator qui pro evictione. D. de procurat. L. sicut. C. de obligat. & action.* Non impedit has alienationes superior Justiniani constitutio, quæ res restitutioni obnoxias alienari ab herade vetat. Inhibet enim constitutio alienationes non necessarias, non aas, quas officii ratio, & fides ab herede exigit. Inhibet alienationes ab avaritia, & cupiditate lucri profectas. *d. L. ultim. §. sin autem. C. de jur. del.* Superiores autem alienationes fideicommissi servandi caussa comparatæ aunt, non minuendi; fideicommissarii caussa, non heredis.

XXIII. Ex his apparet, quam fuerit hoc loco necessaria commodorum hareditariorum explicatio, quæ in fideicommissi restitutionam venire, aut non venire volumus. Licat enim animadvertera ex his, quam multa commoda contineantur verbis senatusconsulti, quibus placet, actiones, quæ heredibus dari solent, ad fideicommissarium transire; quæ tamen commoda non statim ex his verbis occurrant. Et rursum quam multa commoda non veniant in restitutionam, multoque minus transaant ad fideicommissarium, quæ nihilominus constat verbis senatusconsulti continari.

CAP.

4) Ut & valeat, licet testator expressim alienationem vetuerit, si alia bona non sufficiant per *L.* 114. §. 14. *de leg.* 1. *L.* 9. *de fideicom. libert.* Gail. *d. Obs.* 137. *n.* 4. De alienatione rerum fideicommissariæ hereditatis quando valida, pluribus Peregrin. *de Fideicomm. Art.* 40. & 42.

CAP. XXVIII.

Quæ onera, incommodave vicissim restituta hereditate, in fideicommissarium transeant.

Incommoda hereditatis omnia in fideicommissarium transeunt. I.

Actionis tamen ante restitutionem institutæ exsecutio adversus heredem manet. II.

Legata, & fideicommissa pro portione competenti transeunt in fideicommissarium, nisi rogatus sit heres, his deductis, restituere: eaque deduci possunt, quæ peti poterant. III.

His deductis, heres quartam detrahit non ex solo fideicommisso, sed ex legatis, & fideicommisso conjunctim. IV.

In præstandis legatis ab herede relictis fideicommissarius jure heredis utitur, & Falcidiam retinet. V.

Nisi heres, cum eam deducere posset, remiserit, neque eo animo, ut esset in fideicommissarium liberalis. VI.

Quæ legata heres solida præstaturus esset, eadem & fideicommissarius integra præstat, licet nihil reliquum futurum. VII.

In legatis vero a se relictis Falcidia non utitur. VIII.

Quid si eam heres detraxit. IX.

Ad fideicommissarium transeunte jure accrescendi, etiam onus accrescentis portionis ad eum transit. X.

Cum omnes actiones in eum transeant, quid si actio aliqua aditione confusa. XI. XII.

I. INcommodorum hereditariorum facilior in hac specie ratio est. Omnia enim pariter in fideicommissarium cum hereditate transeunt. Ea tria esse supra diximus: æs alienum defuncti & hereditarium; legata, & fidaicommissa ab herede relicta; onus accrescentis portionis. Æri alieno, seu creditoribus hereditariis pro ea parte, quæ restituta est, [1] tenetur fideicommissarius translatis in eum actionibus ex senatusconsulto. *L.* 1. *D. ad Trebel. L.* 1. *C. eod.*

II. Sane si ante restitutam hereditatem instituta aliqua actio sit a creditoribus hereditariis, etiam post restitutam hereditatem judicii ejus exsecutio adversus heredem manebit. *L. Lucius.* 78. §. *penult. D. ad Trebell.* Sed hoc, quia nova judicati actio eo judicio cum herede contracta est. *L.* 3. §. *idem scribit. D. de pec.* Quam sive suo nomine, sive pro fideicommissario auscepit heres: tamen quia suscepit, onus ejus, ut ante dixi, invito adversario frustra recusat. *L. procurator qui pro evictione. D. de proc. d. L. sicut. C. de obl. & act.* Ideo autem in fideicommissarium non transfertur, quia cum neque a defuncto, neque ab hereditate profecta sit, non potest esse hereditaria. Nihil autem venit in fideicommissariam hereditatis restitutionem, nisi quod est hereditatis. *L. in fideicommissariam.* 18. §. 1. *ad Treb.*

III. Legatorum quoque, & fideicommissorum onera [2] pro portione competente in fideicommissarium transire constat:

[1]) Et si ante restitutionem solvit heres creditoribus, repetit a fideicommissario pro parte, qua restituit, ut si dodrantem, repetit pro novem unciis *d. L.* 1. *C. h.* actione negotiorum gestorum, et Accurs. *in d. L.* 1. Objic. Atqui tunc fideicommissarius nondum fuit obligatus. Ergo nec liberatus dici potest, ideoque nec negocium ejus gestum. Resp. Donell. noster *ad. d. L.* 2. *n.* 4. Liberatus est si non præsenti tempore inspecto, tamen in effectu; & *n.* 5. Resp. negocium gessisse fiduciarium, non quia fideicommissarium liberavit solvendo, sed quia locupletiorem fecit hereditatem. Ergo, per *L.* 2. *de negoc. gest.*

[2]) Nam pro quadrante, quem fiduciarius retinet, etiam onus legatorum ad eum pertinet. Errantque Accurs. *in L.* 1. §. *ult. D. & L.* 1. *C. h.* ac DD. vulgo Guid. Pape *Decis.* 196. *& ibi in not.* Jac. Ferrer. volentes, fideicommissario soli legata in solidum præstanda esse. Quos sequitur P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 3. sed recte refellit noster *ad L.* 2. *C. h. n.* 4. *& seq.* his rationibus 1. quia pro competenti portione spectat præstatio hæc ad fideicommissarium. Ergo pro alia ad heredem. Regerit Accurs. ibi heredem jussum fuisse dimidium restituere, per verba *d. L.* 2. Pars restituitur. Resp. Donell. *n.* 5. Partis nomen non semper significat dimidiam. In *d. L.* 2. additum est verbum aliud ex quo intelligitur, quæ pars significetur. Nam cum prius dicitur simpliciter, Pars, postea pars *competens*. Hæc autem est dodrans. 2. Legatum, per illius definitionem, est onus heredis. At fiduciarius quoad quartam & nomine, & reipsa heres est. 3. Quia Sc. Trebell. cavit, ut in quos jus, & fructus transirent, in eos & onera. *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Ergo eatenus, quatenus &c. 4. Generaliter dicuntur actiones scindi §. 9. *I. h. t.* Objic. *L.* 1. §. *ult. h.* Resp. Don. *n.* 6. ibi tota hereditas restituitur. Nam quoties restituenda est deducta certa re, vel summa, integrum onus est fideicommissarii non tantum legatorum, sed & æris alieni *d.* §. 9. *I. h.* ibi *sine ullo onere*, *&c.* (& sic non juvat DD. sententiam *d.* §. *ult.* Nam illi certe omnes fatentur, onus æris alieni pro rata quartæ manere apud fiduciarium.) Objic. *L. ult. C. h. t.* Resp. Don. *ad d. L.* 2. *n.* 7. *& ad d. L. ult.* ibi tota hereditas restituta est sponte ab herede, & ratio dubitationis in eo, an pro parte quarta, quam remisit, potuerit a se rejicere onera in fideicommissarium. Facit *L.* 45. *D. h. t.* Contra A. Fab. 11. *de Err. Pragm.* 10. separandum esse hic caussam æris alieni a caussa legatorum. Rationes illius hæ: 1. Non sicuti legitima, non nisi deducto ære alieno debetur, ita &

Tre-

stat : idque iisdem senatusconsulti verbis efficitur. *L.* 2. *L. ult. C. ad Treb. L.* 1. §. *ult. L.* 2. *D. eod.* Hoc tamen ita, nisi rogatus sit heres hereditatem restituere deductis legatis. Tunc enim deducit ipse, facitque deducendo, ne legata perveniant ad fideicommissarium; dum intelligamus, in his ea sola deduci posse, quæ peti poterant. *L. cum heres.* 51. *D. eod.*

IV. His autem deductis, placet, heredem quartam detrahere non posse ex solo fideicommisso, sed detrahere debere [3] tam ex legatis, quam ex fideicommisso, *L.* 2. *in fi. L.* 3. §. *item eod.*

V. Enimvero ita legatorum onus in fideicommissarium transit, ut is in his vel minuendis, vel solidis præstandis jure heredis utatur. Itaque potuit quartam de legatis retinere heres? poterit & fideicommissarius, quamvis heres coactus adire hereditatem restituerit. *L. facta.* 63. §. *si cum suspectam. L.* 3. in princ. illic, *quod si. D. eod.* Idem multo magis dicendum est, si heres sponte adivit, & restituit.

VI. Hactenus tamen, nisi is ita restituerit, ut quartam, quam de hereditate deducere poterat remiserit fideicommissario. Tum enim placet, nec fideicommissarium de legatis, aut fideicommisso secundo quidquam detrahere posse; nisi forte heres remiserit hoc animo, ut vallet hanc liberalitatem ad fideicommissarium pertinere. [4] *L.* 1. §. *inde Neratius. eod.*

VII. Finge e converso legata ab herede ita relicta, ut si ea præstaret, non posset ex lege Falcidia quidquam de his detrahere. Eodem jure utetur in his & fideicommissarius, solida ut præstet, quæ heres solida esset præstiturus; quamvis his solutis, nihil reliquum futurum sit ex fideicommisso. Tantum hoc excipitur, ne hic plus cogatur præstare fideicommissarius, quam ad eum ex hereditate pervenerit. Quod quale sit, declaratur specie ex facto proposita in *L.* 1. §. *si is qui quadringenta. eod.*

VIII. Sed hæc de legatis ab herede relictis dicta sunt. Ipse quidem fideicommissarius si quid ab eo relictum sit, quasi relictum sit a legatario, in eo legis Falcidiæ beneficio non utitur. *L. facta.* 63. §. *si cum suspectam. eod.*

IX.

Trebellianica; quia illa bonorum, quæ nunquam damnosa, hæc hereditatis, portio. Resp. non video, quomodo hæc ratio conveniens, nisi ut indo probetur, onus æris alieni innexum esse Trebellianicæ, quod non est legitimæ, de qua lis nulla. Quoad legata autem inversione uti licet. Trebellianica est portio hereditatis. Quare ei omnia onera adhærent, inter quæ etiam sunt legata. 2. Testator creditur voluisse, cum onere legatorum restitui, *L.* 2. ibi *quia præsumptum. h. t.* Resp. Recte. Sed aut voluit dodrantem restitui, & eatenus onerare voluisse censendus est, quatenus honoraret, arg. *L.* 24. *h. t.* aut integram hereditatem, & tunc minime omnium dici potest, juvari voluntate defuncti fiduciarium, ut onere legatorum vacantem habeat, quadrantem, quem testator nihil omnino habere voluit. 3. Heres quando deductis legatis restituit, Falcidiam deducit tam ex legatis, quam ex fideicommisso *L.* 3. §. 1. *h.* Si igitur per Trebellianicam legata minuuntur, quomodo minuere eam possunt. Resp. Casus ille diversus est, ut & noster agnoscit. Nam tunc immo nihil oneris legatorum ad fideicommissarium transit, cum tamen hic quæratur, an onus legatorum omne is agnoscere debeat. Ac confundit Faber Trebellianicam cum Falcidia. Illa enim casu Falcidia deduci scribitur *L.* 51. *h. t.* Denique non dicimus, Trebellianicam minui per legata, sicuti nec minuitur per æs alienum, sed onerari. Nam si minueretur, pars ei decederet. Nec dici posset, etiam fideicommissarius dodrantem hereditatis habere, si legata (sive ad eum in solidum cum Fabro, sive pro rata, nobiscum, pertinere asseras) eum minuerent. Minuuntur sic bona hereditaria, non partes assis hereditarii, cujusmodi est Trebellianica. 4. Fideicommissarius satisdat legatorum nomine *L.* 4. *Ut leg. no. cau.* Resp. Recte. Si sit apud eum hereditas, satisdat, inquit *Ulp. d. L.* 4. Ergo si tota est, ratione totius, de omnibus legatis; sin pars, ratione partis *L.* 76. *de judic.* Quod & aperte traditur in *L.* 15. §. 1. *d. tit.* ut plane mirandum sit, eum *ipsum* §. Fabrum adducere, qui tamen seipsum feriant, scribit tum fideicommissarii solius esse cavere, &c. cum sine deductione hereditas restituitur. Denique *L.* 2. *C. h. t.* Resp. Faber eam secundum tempus, quo lata, non posse de alio casu accipi, quam quo ex voluntate testatoris pars tantum hereditatis restituta est ex SCto Trebell. quæ quartæ deductionem heredi non dedit. Tunc autem si partem quam restitueret, pro reliqua legatariis, & creditoribus obstrictam fuisse. Sed postquam SC. Pegasianum quartæ retinendæ facultatem tribuit, inductum esse, ne heres ullam partem legatorum præstet. Sed videtur hic ἀναχρονισμὸς ibi, quasi SC. Pegasianum fuerit posterius Imp. Philippo, quem tamen plurimis annis præcessit, &c.

3) Species sic ponenda videtur, ut hæc, quæ impeditiora sunt, rectius percipi, & menti infigi possunt. Finge in hereditate esse 800. Legatariis relicta 600. Rogatus reliquum deductis legatis hereditatem restituere, atque ita quod heres mansurum, erat videlicet 200. Quær. An integra legata præstanda, ut de residuis tantum 200. quæ fideicommissario debet, detrahat quartam videlicet 50. an vere quartam de omnibus bonis deducat, ut habeat 200.? Dubitatio inde. Si simpliciter rogatus esset restituere in præsenti specie, non plus in effectu consequeretur heres quam 50. Restitueret equidem dodrantem, id est 600., ipse pro suo quadrante retineret 200. Uterque tamen pro rata esset obnoxius legatariis, etiam fiduciarius, per deducta *N. præced.* Neuter etiam Falcidia uti posset, quia pro qua quisque parte heres esset, pro ea haberet dodrantem. Peterent enim legatarii 450 a fideicommissario, & 150. ab herede, & sic ille 150. hic 50. retineret, ideoque illi quarta Falcidia suarum novem unciarum, huic eadem trium unciarum salva maneret. Sed placuit Aristoni, potiorem hic debere esse conditionem ejus, qui deductis legatis, quam ejus, qui simpliciter gravatus est restituere. Quod rationem habet, quia in hac specie præstatum legatorum onus solidum heredis. Convenit igitur ei commodum Falcidiæ ratione omnium legatorum non adimi. Quæ tamen Falcidia non ex solis illis (ne injuria fiat legatariis, & fideicommissarius lucro indebite afficiatur, qui parte oneris sublevatus plus consequeretur, quam altero casu, quo præstandi legata, pro dodrante suo, molestiæ obstrictus esset, retineret.) sed & simul ex fideicommisso deducitur. Quare in hypothesi, quam posui 200. illa deducet heres, ut legatariis detrahat 150. fideicommissario 50. At siccine duplicis quartæ deductioni locus, ceu videtur Interpretibus? Minime vero. Nihilo enim plus, quam unam quartam hereditatis in proposito habet heres. Quod si seorsim Falcidiam ex legatis, Trebellianicam ex fideicommisso deduceret, non haberet 200. sed 250. At quomodo Falcidiæ locus ubi supra dodrantem nihil legatum. Resp. Lex Falcidia, ut verba ejus sunt, non tam vetat supra dodrantem legare, vel infra eam permittit, quam vult heredi dodrantem salvum esse, in compensationem videlicet onerum, & molestiarum. Quare quia in præsenti integra onera ei subeunda ratione legatorum, integrum ei debet servari commodum. Commodius autem nequit, quam ea, quæ expositum est, ratione.

4) Ubi vocula *heres* sine causa deletur ab Hotom. 7. *Observ.* 10. verbum *vellet* de testatore interpretante.

IX. Si tamen adversus fideicommissarium quartæ retinendæ beneficio usus sit heres, placet, fideicommissarium eo minus quoque de eo quod a se relictum est, præstare debere, ne ipse de suo damnum sentiat. *d. L. facta. §. si Titius.*

X. Portionem deficientem coheredi, qui suam partem agnovit, cum suo onere accrescere supra diximus. *L. unica. §. in his. C. de cad. tol.* Quapropter si ad fideicommissarium transit jus accrescendi, ut transire ostendimus: etiam ad eum onus portionis accrescentis transeat, necesse est. Continentur autem hæc omnia his verbis senatusconsulti, quibus placet, ut actiones, quæ in heredes dari solent, restituta hereditate, in fideicommissarium transeant. *L. 1. ad Treb.* Nam superiorum omnium incommodorum actiones in heredes dantur.

XI. Sed cum omnes actiones transire dicamus ad fideicommissarium, tam quæ heredi, quam quæ adversus heredem dantur: ibi quidem quid fieri possit, & debeat, expedita ratio est, si qua actio heredi jam facto, aut in heredem vere competiit. At quid fiet, si qua heredis aditione confusa est? Dicemus etiam hanc fideicommissario, & in fideicommissarium dari restituta hereditate, quasi & ipsam senatusconsulto restitutam. Exemplo erunt actio heredis, qui olim creditor fuerit defuncti, & servitutes aditione confusæ. Propone hoc modo. Testator instituit heredem creditorem suum, & rogavit, ut restitueret hereditatem Titio. Heres adivit hereditatem: qua aditione actio, quæ illi adversus defunctum, ac deinde adversus hereditatem competierat, confusa, amissaque est. *L. penult. D. ad Trebel. L. debitori. C. de pact. L. Stichum. §. aditio. D. de sol.* Quæro, restituta hereditate Titio, utrum actio detur heredi adversus fideicommissarium. Movet, quod actio per aditionem amissa, non potuit competere in heredem. Verba autem senatusconsulti facere videntur, ne qua actio adversus fideicommissarium detur, nisi quæ prius adversus heredem defuncti data sit. Rursum incommoda omnia hereditaria in fideicommissarium transire diximus. Onus autem hereditarium est æs alienum, quod debuit defunctus heredi. Nam & vivus vere ei debuit, &, mortuo eo, hereditas in id jus successit. Dicimus, amissam prius actionem restituta hereditate etiam restitui heredi, ut non minus detur in fideicommissarium, quam si amissa non esset. Idque esse interpretor, quod Claudius in *d. L. penult. ad Treb. in fin.* ait in hac specie, confusione quidem hereditatis confusam obligationem intercidisse; sed fideicommissi repetitionem esse. Non intelligit haud dubie his verbis repetitionem, qua heres repetat fideicommissum. Hæc enim petitio non competit heredi, cui fideicommissum relictum non est: & si relictum esset, non tamen in id, quod illi debebatur, competere potest, quia non potuit ei relinqui actio ab eo, qui eam non habuit; multo minus ei, cujus fuit propria. Restat igitur, ut repetitionem vocet, novam, & repetitam petitionem, quæ detur heredi de eo, quod ante aditam hereditatem illi a defuncto debebatur. Repetitam, quia prius competere desierat, & nunc iterum datur senatusconsulto restituta. Appellat autem repetitionem fideicommissi, non quæ sit de fideicommisso, sed quæ beneficio fideicommissi competat ex senatusconsulto. Incipit enim competere quia hereditas restituta est. Tantum autem abest, ut refragentur senatusconsulti verba, ut his efficiatur potius, quod dicimus. Non enim dicitur in senatusconsulto, actiones in fideicommissarium transire, quæ in heredem dantur; sed quæ in heredem dari solent. At in hac specie dari solet in heredem ea actio, quæ olim heredis fuit; & nunc quoque daretur adita ab herede hereditate, nisi, præter jus heredis, hoc accessisset, ut idem heres esset creditor. Denique restituta hereditate perinde habetur heres, quasi heres non esset, nec unquam fuisset. Fideicommissarius autem heredis loco habetur. *L. postulante. 44. §. ult. circa fi. ad Treb.* Quod si fideicommissarius fuisset heres, hæc actio heredi non fuisset amissa; quippe qui heres non exstitisset. Quare & nunc, restituta hereditate, sic senatusconsultum habebit hanc actionem, quasi amissa non esset. Quod ita fiet, dum ipso jure restituetur heredi per senatusconsultum.

XII. Id certius etiam intelligetur in servitutibus aditione confusis. De quibus exstat hæc definitio Mæciani in *L. si heres pecuniam. 73. §. ultim. eod.* restituta hereditate, servitutes, quas mutuo prædia heredis, & testatoris habent, nihilominus valent. Atqui cum heres, cujus prædio debebatur servitus a prædio hereditario, aut contra, hereditatem adivit, ubi idem dominus esse cœpit utriusque prædii & servientis, & dominantis: aditione amissa est servitus. *L. si quis ædes. D. de ser. urb. præd.* Sed restituta hereditate etiam restituitur vetus actio, ut per-

perinde valeat, quasi nec esset amissa. Quæ res facit, ut servitutes ipsæ nunc nihilominus valeant. Dixit autem Mæcianus, nihilominus eas valere; ut intelligeremus valere jure; nec necesse esse iterum servitutem imponi ab eo, cujus prædium servitutem debuit. Alioqui illo non imponente, (quod facere potuit) servitus non valeret, ut ille definit. Videamus, quam conveniat huc cum [5] *L. in omnibus. D. de ser.* si fundus defuncti qui servitutem debebat fundo heredis, legatus sit alicui sub conditione: constat, si interim adeat heres hereditatem, quia is incipit utriusque fundi esse dominus, amitti servitutem confusione. Quod si, existente postea legati conditione, heres fundum legatum præstet legatario, illic traditur, non restitui servitutem; eoque nec valere, nisi eam legatarius iterum imponat; & ut patiatur iterum imponi, nociturum ei doli mali exceptionem. Nihil hic contrarium. Multum enim interest, utrum fundus hereditarius serviens legetur alicui, an vero hereditate per fideicommissum ei relicta is fundus in fideicommisso inveniatur. In legatis nulla lex est, quæ servitutem heredi omissam restituat in legatarium; nulla actio, quæ hoc nomine legatarium teneat. Legatum enim nulli oneri, quod a testatore impositum non sit, est obnoxium. *L. si hereditatem. D. mand. L. ultim. C. de hered. action.* Ideo si nulla fuit actio de servitute ante præstationem fundi, ne postea quidem esse poterit, nisi hanc legatarius sibi imponet, aut prædio. At in restitutione hereditatis fideicommissaria est senatusconsultum Trebellianum, quod actiones heredi propter aditionem amissas ei restituta hereditate in fideicommissarium restituit. In quibus actionibus fuerunt eæ, quæ illi ante aditam hereditatem de servitute competebant. Nec vero de servitute potuerunt restitui, nisi servitute prius restituta; cum non in personam essent ad servitutem imponendam, sed in rem ad servitutem impositam vindicandam. *L. 1. L. 2. D. si ser. vind.*

CAP.

5) Ad quam *L.* vid. A. Fab. 20. *Conject* 12. ubi sentit, differentiam fuisse inter legata vindicationis, in quibus per aditionem servitutes non confusæ fuerint, cum earum dominus heres nunquam effectus sit, & damnationis. Sublataque hodie differentia, nunquam confundi servitutes debitas fundo legato. Cui consentit fere Ioan. del Castillo *Contr. quotid. de Usufr. C. 9. n. 27.*

CAP. XXIX.

Hereditatem ex fideicommisso sic restitui, ut quarta apud heredem manere debeat ex Trebelliano: nisi sint, qui hoc beneficio non utantur, sive quod ab initio non habeant, sive quod cum habuissent, amiserint; Et qui in hoc numero.

Si vel tota hereditas, vel tota pars alicujus heredis restitui jussa est, utrobique quarta detrahenda. I.
De hac quarta sex quæstiones; & quæ sint. II.
Quidam hoc beneficio quartæ non utuntur; quorum alii ab initio id non habent, alii cum haberent, amittunt. III.
Ab initio non habent quidam jure communi, *non nulli* jure singulari. IV.
Jure communi qui non habeant. V.
Olim vetari non poterat, hodie potest ex constitutione Justiniani. VI.
Si vetita, eam heres, si sponte adiit, non retinet. Quid si nolit adire. VII.
Princeps hereditatem, non deducta quarta, restituere rogatus, eam non retinet. VIII.
Sicuti nec institutus a milite. IX.
Tres sunt, qui beneficium retinendæ quartæ quod haberent, amittunt. X.
Qui coactus adiit. XI.
Nisi intra tempus deliberationis coactus sit. XII.
Quid de eo, qui primo recusans, petiit tempus deliberandi, post sponte adeat. XIII.
Item eam amittit qui totam hereditatem restituit sciens *vel* errore juris. *Secus si* errore facti. XIV.
Quæ quarta repeti non poterat quonam modo per retentionem aliarum rerum hereditariarum queat ab herede recuperari. XV.
Denique & ille amittit, qui, impetrato tempore ad deliberandum, non confecit inventarium. XVI.

I. QUid transeat in fideicommissarium, sive de commodis hereditariis, sive de incommodis agatur, dictum est. Quantum transeat, videamus qui sequens erat locus, de quo in hac translatione cognoscereous. In quo hoc quæritur, quantum apud heredem maneat, quantum in fideicommissarium transferatur. Et utcumque tota hereditas, aut tota pars alicujus heredis restitui jussa est: pariter hoc tributum est heredi senatusconsulto, ut quarta apud eum manere debeat. §. *sed quia heredes. Instit. de fid. her.*

II. Quo jure posito, multa circa hanc quartam quæri cœperunt. Ac sex sunt fere, atque hoc ordine de hoc genere quæstiones. Prima, an semper quartam retinere possit hic heres. Secunda, cum potest retinere, possitne unam tantum, an aliquando plures. Tertia, si unam tantum, quanta ea esse debeat pro quantitate patrimonii, & hæc quantitas quomodo, ac quo ex tempore sit æstimanda. Quarta, quæ in eam quartam, quæ esse debet, imputentur, ut, his collatis, dicatur heres quartam sibi debitam habere. Quinta, nihilne præter quartam habeat heres præcipuum, quod de hereditate retineat. Postrema, pro jure hujus quartæ, sive hæc retineatur, sive non retineatur, quæ onera hactenos heredem sequantur. De quibus dicam hreviter eodem ordine.

III. Et ut ab eo, quod hic primum est, ordiar: jam dixi senatusconsultum ita scriptum esse, ut quarta manere debeat apud heredem. Sed hoc sic accipiendum est, nisi quid eodem senatusconsulto, vel aliis partibus juris excipiatur. Neque vero omnes hoc beneficio utuntur. Quorum duo sunt genera. Sunt, qui ab initio id non habeant. Sunt, qui cum habuerint, amittant.

IV. Ab initio non habent quidam jure communi; nonnulli jure singulari.

V. Jure communi non habent duo: Is, quem testator quartam retinere [1] vetuit, & Princeps.

VI.

1) Ita Vasq. pluribus relatis *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 8. *n.* 8. *& seq. & Lib.* 3. *de Success. progressu* §. 26. *n.* 26. Peregrin. *de Fideicom. Artic.* 3. *n.* 85. P. Anton. de Petra *de Fideic. Q.* 15. *n.* 151. *& seq* Rotom. 7. *Obs.* 13. P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 14 Gail. 2. Obser. 138. *n.* 17. Octav. Cacheran. *Decis.* 147. Matthæus. *Lib.* 4. *Epit. legal. Cap.* 14. *n.* 8. *&* 9. Maret. *Tr. Quartar. C.* 4. Contra Forcat. *Dial.* 45. Ant. Fab. 11. *de Err. Pragmat.* 6. quia Falcidiæ prohibitio minus odiosa: cum credibile sit, testatori compertum fuisse, hereditatem non sine omni lucro fore heredi. Trebel-

VI. [2] Jure vetere efficere testator non potuit ulla prohibitione, aut cautione sua, ne heres Falcidia uteretur. *L. quod bonis.* 15. §. 1. *D. ad Leg. Falcid.* Justinianus, ut posset, induxit. Cavit enim, licere testatori prohibere, ne Falcidia detrahatur, & si id factum esset, jussit cessare Falcidiam. Hoc ille *Novell.* 1. *de her. & Falcid.* §. *hinc. nobis.* unde *Auth. sed cum testator. C. ad leg. Falc.* Loquitur quidem constitutio de quarta Falcidia, nos de quarta fideicommissaria, quæ retinetur ex senatusconsulto. Sed bene hæc sententia vulgo recepta est, constitutionem etiam ad hanc quartam pertinere. Nam & verbis congruit, & sententiæ. Verbis, quod quarta fideicommissaria a veteribus non minus quarta Falcidia, quarta ex lege Falcidia, commodum Falcidiæ appellatur. *L. ita.* 27. §. *Trebellianum. L. quis priore.* 29. *L. si patroni.* 55. §. 1. *D. ad Treb. L. Titia. D. ad leg. Falc.* Et sane per senatusconsultum ita hæc quarta inducta est, ut magis per senatusconsultum ait inducta lex Falcidia in hanc restitutionem, ut declaratur in *d.* §. *sed quia heredes. Inst. de fid. her.* Sententia autem constitutionis fuit, ut citius liceret debeat vetare, ne heres detrahat quartam de fideicommissaria hereditate, quam ne detrahat de legatis. Magis enim oneratur heres restitutis legatis, quam restituta hereditate. Restitutis legatia nihilominus tenetur ipse creditoribus, non legatarii. *L. ult. C. de her. act.* Restituta hereditate, desinit teneri heres, & transeunt in fideicommissarium actiones. Quare si illie licet inhibere quartæ deductionem, ubi plus onerum est heredi: multo magis ibi licere debet, ubi est heredi onerum minus.

VII. Sic tamen ex hac prohibitione quartam non retinebit heres, si sponte adierit, judicium defuncti secutus. Quod si adire nolet, puto, eum cogi non posse, nisi fideicommissarius quartam offerat, & hanc justam esse caussam recusandi, quod ab eo postulatur, ut sine lucro adeat. Sic quidem jus vetus fuit, ut non possit cogi heres adire hereditatem, nisi quartam haberet. Nihil hic constituit Justinianus, qui juberet heredem alia conditione adire. Proinde & hoc jus etiam nunc manere intelligendum est. *L. præcipimus. in fi. C. de app.*

VIII. Princeps hereditatem, non deducta quarta, restituere rogatus, beneficio quartæ non utitur. Non quod principes non potuerint ex omnibus maxime in eo uti jure publico, si vellent: sed quia hanc legem sibi dixerunt, ut plenum obsequium voluntati præstarent. *L. si legatus.* 30. §. *ult. D. ad Trebell.*

IX. Jure [3] singulari non utitur Falcidia quivis heres testamento militis institutus. Nam in hoc genere testamenti cum in legatis, tum in fideicommissia cessat Falcidia ex privilegio militum. *L. in testamento. C. de test. mil.*

X. Quidam sunt, ut dixi, qui cum beneficium retinendæ quartæ jure constitutum habeant, tamen facto suo amittunt. In hoc numero sunt tres.

XI. Primum qui coactus hereditatem adiit. Hic non tantum quartam non habet, sed etiam omni commodo arcetur, quod ex testamento, & beneficio senatusconsulti consequi poterat, si sponte adiisset; quod quidem habiturus non esset, si heres institutus non fuisset, aut non adiisset. Exstat hæc definitio veterum prope conceptis verbis in *L. nam quod.* 14. §. *qui compulsus. L. ita* 27. §. *qui suspectam. D. ad Treb.* congruit *L.* 4. *d. L. ita.* §. *si præceptis. eod.* quibus omnibus

bellianicam autem prohibitio directo adversatur Senatusconsulto, quia eo admisso, quantacunque sit hereditas, nullo casu, quidquam heres sperare potest. Illic possunt legata, vel non excedere, vel modo excedere dodrantem, & semper saltem spes aliqua commodi consequendi superest heredi onerato legatis, si videlicet ex eventu appareat, hereditatem non plane exhaustam. Hic autem omni casu ab omni spe commodi arcetur heres. 2. Lex correctoria non facile ultra fines suos extendenda. Et Fachinæ. 5. *Contr.* 4. quia diversa ratio est onerati legatis, qui non cogi potest ut adeat, & gravati fideicommisso, qui potest, ut tradit. *de Port. legit. Cap.* 16 *p.* 149. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 7 *n.* 16. quia sic plane sublata esset. semper enim Trebellianica deducitur contra voluntatem testatoris (secus est in Falcidia, vid. *not. Lib* 8. *C.* 27.) totam hereditatem restitui volentis Arumæ *Exerc. Justin.* 9. *Th.* 21. Quibus accedo, nec Donelli nostri distinctionem probo, quasi prohibitus Trebellianicam detrahere, sponte adiens, eam non habeat, non tamen possit cogi, nisi ea oblata. Sic enim deterior esset conditio ejus, qui libere exsequitur voluntatem defuncti, quam qui coacte; cum tamen & jure veteri qui coactus adiit, nostro fatente, quartam amiserit.

2) Hotom. amplius 7. *Obs.* 13. etiam olim vetari potuisse 1. per *L.* 32. §. *pen. in fi. ad L. Falc.* Resp. Sed loquitur de fideicommisso particulari relicto a legatario. 2. Quia in *Nov.* 1. *C.* 2. §. 2. nulla Trebellianicæ mentio, quia & antea jure communi prohiberi potuit. Resp. Est petitio principii. Non obstare sibi dicit Hot. *d. L.* 15 §. 1 quæ de quarta falcidia loquitur. Diversitatem hanc esse. Lex Falcidia vetandi; Pegasianum SC. permittendi modo conceptum. Resp. Nihil refert. Nec quod Lex permittit, homini vetare licet, aut datum a lege beneficium auferre. Pergit Hotomannus: Nec obstare periculum desertionis testamenti. Ex SC. enim Pegasiano cogi adire ôducariom periculo fideicommissarii. Resp. Adhuc tamen molestia aditionis superest, & incertum, ac periculum cautionis *L.* 16. §. 14. *h. tit.* Exceptionem tandem subdit Hotom. esse in liberis primi gradus, quam, posito, quod aliis possit prohibitio fieri, refellit A. Fab. 11. *de Err. Pragm.* 6. & 8.

3) Et de relictis piis caussis non deduci vulgo statuunt, vid. Tiraq. *Privil. piæ causs.* 27. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progressu* §. 26. *n.* 21. & *seq.* P. Greg. 42. *Synt.* 31 *n.* 8. Peregrin. *de Fideicomm. Art.* 3. *n.* 63. & *seq.* Quod & probat. Hot. 5. *Obs.* 4. ex *Nov.* 131. *C.* 12. Quod enim contra heredem favorabilem, ut est Falcidius *L.* 71. *ad L. Falc.* lamentum *d. C.* 12. magis contra minus favorabilem, ut est Pegasianus *L.* 86. *d. t.* obtinebit.

bus in locis etiam quæ commoda in eo insint, declaratur.

XII. Excipitur, si quis cum deliberaret de hereditate, desiderante fideicommissario coactus sit adire. Sane enim & tunc cogi potest, ne fideicommissum intercidat. Sed hac lege, ne deliberandi commodum auferatur heredi. Itaque placet hoc casu, cum adierit heres, non tamen statim cogi eum hereditatem restituere, sed posse eam retinere ita, ut, si completo tempore deliberationis, compererit expedire sibi hereditatem, sentiat commodum testamenti eo jure, quo si sponte adisset. Sin contra onerosam crediderit, restituta ea exoneretur actionibus hereditariis. Hoc in *L. omnes. 71. D. ad Trebel.*

XIII. Multo ergo magis eodem commodo utetur, qui primo recusans adire, petiit ad deliberandum tempus, & impetravit; deinde post tempus adiit, & restituit hereditatem. Apparet enim, hunc non adiisse coactum, sed sponte, licet post deliberationem. *L. sed etsi alio. 9. D. eod.* Sed utrumque horum hac conditione, quæ lege Justiniani postea inducta est, si modo is, qui tempus petiit ad deliberandum, inventario prius facto, hereditatem adierit; de quo mox dicetur.

XIV. Secundo loco amittit & is, qui cum sponte adiisset, sine deductione quartæ partis [4] hereditatem restituit. *L. si heres ab eo. 68. §. ultim. ad Treb.* Quod tamen sic accipiemus, si nulla alia ratio sit ejus quartæ recuperandæ, quam per actionem. Nam hanc actionem amittit heres, totam hereditatem sponte restituendo. Qui enim quam non debebat, restituit, indebitum solvit. Si sciens; donat, eoque non repetit. *L. 1. D. de cond. in d. L. cujus per. D. de reg. jur.* Si ignorans, cum sciret, se rogatum totam restituere, in jure errat. Indebitu per errorem juris soluto, cessat repetitio, & maxime in legatis, & fideicommissis. *L. error. C. ad Leg. Fal. L. pen. §. ult. D. de jur. et fac. ign.* Non obstat, quod scriptum est in §. *sed quia stipulationes. Inst. de fid. her.* cum nihil, aut minus quarta apud heredem remanet, licere ei, quod ad quartam deest, retinere, vel etiam repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto. Hoc enim *repetere* sic accipiendum est, ut possit repetere aliquando, non semper. Quando igitur? Cum jus concedit videlicet indebiti soluti repetitionem. Quod fit tunc solum, cum tota hereditas restituta est per errorem, ut est in *d. L. si heres ab eo. 68. §. ult. ad Treb.* & errorem non quemlibet, sed eum, qui jure pro vero errore habeatur; is autem est error facti. Veluti, si in legatis, aut fideicommissis sibi relictis se habere putans, quod quartam efficiat, aut amplius, hereditatem restituat, sed legata reperiantur ademta codicillis, qui initio latentes postea emerserint. Nam ne id quidem, quod ex minus justa voluntate non debuit, & tamen restituit heres, aliter repetere potest, quam si per errorem solverit. *L. patronus. 60. D. ad Treb.* Et eum justum errorem, id est, facti, ubique intelligendum esse certis locis comprehensum est. *d. L. error. C. ad leg. Falc. L. fideicommissum. C. de cond. ind.*

XV. Sed potest, quæ quarta repeti non poterat, per retentionem aliarum rerum hereditariarum recuperari ab herede, si modo sint aliæ, quæ ab herede retineri possint. Quod quomodo fiat, significatur in *L. heres. 21. D. ad Treb.* Sed paulo obscurius, ut locus egeat nonnulla explicatione. Refert igitur illic Pomponius, Aristonem dicere, posse heredem rerum hereditariarum possessionem repetere, vel nancisci, & cum nactus erit, posse eum, si forte de his rebus a fideicommissario conveniatur, adversus agentem doli mali exceptione se tueri. At quomodo potest heres repetere possessionem earum rerum, quas restituit, quarum negavimus jam ante esse repetitionem? Non loquitur Pomponius, aut Aristo de rebus a fideicommissario restitutis, sed de non restitutis, quæ sint apud alios, aut nondum in possessionem cujusquam venerint. Hæ posteriores sine vitio ab herede occupari possunt, ut ab eo, qui restituta hereditate nihilominus summo jure heres, proinde & earum rerum dominus manserit. §. *restituta. Instit. de fid. here.* Priores quæ apud alios sunt, aut ab his debentur, potest heres suo jure repetere, atque adeo in hanc rem, ut Pomponius ibidem subjicit, denuntiare potest debitoribus, ne solvant. At quo jure? cum dixerimus, facta fideicommissi restitutione, statim omnes res in bonis fieri ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem. *L. facta. 63. in princ. ad Treb.* Nascitur utrumque ex eo, quod heres, quamvis restituta hereditate, ut summo jure

[4] Facit *L. 1. & L. ult. C. ad L. Falc.* Chiffletius *lib. 1. de Jur. Fid. C. 2. cir. fin.* rationem hanc reddit, quia naturalem præstationem habet talis restitutio. Itaque cum plenam fidem præstiterit minus, ex gente naturali obligatione, repetitio impeditur. Unde hoc casu si sciens fecerit, non (si uti alias sciens indebitum solvens) donare censetur *L. 5. §. 15. de donat. int. vir.* nec plus debito solvere *d. L. 1. C. ad L. Falc.*

jure heres permanet, ita etiam retinet directas actiones, quas prius habuit. *L. si heres institutus.* 70. *in. pr. ad Treb.* Qui directas habet, translatis in alium utilibus actionibus, is re integra convenire adhuc debitores potest, & his denuntiare, ne sulvant ei, in quem translatæ sunt utiles, & ita inhibere solutionem. *L.* 3. *C. de novat.* Multo facilius idem consequetur heres earum rerum retentione, quas adhuc penes se habebit post hereditatis restitutionem. *L. si ex pluribus.* 16. *D. ad leg. Falc.*

XVI. Postremo in eodem numero cum superioribus habetur & is heres, qui sponte quidem hereditatem adiit, nec prius hereditatem restituere vult, quam quartam receperit: sed cum tempus impetrasset ad deliberandum, per id tempus adimit hereditatem, [5] non confecto ad præscriptum Justiniani rerum hereditariarum inventario. Etiam hunc Justinianus ob contemptum beneficium suum voluit, solida legata, & fideicommissa præstare, & carere beneficiu legis falcidiæ. *L. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.*

CAP.

5) Consentit Vasq. *Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 8. *n.* 14. plures utriusque sententiæ authores referens Ang. Matthæac. *Li.* 4. *Epit. legat.* *L.* 14. *n.* 6. Valet. Guil. Forst. *Tract. Justin.* P. 1. *Disp.* 13. *Quæst. ult.* per *Nov.* 1. *L.* 2. ibi *complebit legatarios, & fideicommissarios.* Contra Zoanet. *Rer. quotid.* *L.* 24. *n.* 5. Hot. 4. *Obs.* 23. 1. quia in *d.* *Nov.* 1. *L.* 2. nihil de fideicommissis universalibus. Ea igitur juri ordinario relicta. 2. Pœna omissi inventarii convenire in eum casum non potest: nimirum: ut quantitatem rerum relictarum de suo expleat. In universalibus namque fideicommissis nulla quantitas exprimitur. 3. Fideicommissario est cautio, quam exigere potest, de qua *Tit. Ut leg. & fid. no. cau.* Si non exegerit sibi imputet (sed hæc ratio infirma, nam eidem etiam in legatis, & Falcidia locus) Et Chiflet. de *Portion. legit.* *L.* 16. *p. mihi* 848. *& seq.* quia *d.* *Nov.* 1. *L.* 2. loquatur de fideicommissis singularibus, quæ sola legatis exæquata, & Fachin. 4. *Contr.* 38. Gail. 2. *Obs.* 138. *n.* 4. *& seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 13. Peregrin. *Fideicomm. Art.* 3. *n.* 74. & Gomez. 1. *Var. Resol.* 5. *n.* 12. Simon de Præt. *Lib.* 3. *Interpr. ult. volun.* *Interpr.* 3. *Dubit.* 5. *Solut.* 6. *n.* 9.

Digitized by Google

CAP. XXX.

Quartæ Trebellianicæ quantitas ex quantitate patrimonii æstimanda, quibus non deductis, & quo ex tempore æstimanda sit. In hanc quid imputetur. Unam quartam dumtaxat retineri etiam a filio posse, non duas. Quid heres extra quartam præcipuum habeat. Idem quatenus oneribus hereditariis teneatur restituta hereditate, sive quarta ab eo non retineatur, sive retineatur.

Tres quæstiones proponuntur. I.
Quartæ Trebellianicæ quantitates *æstimantur ex patrimonii quantitate : hæc vero pro ut sunt res, quæ ab eo deducuntur, aut non deducuntur.* II. III.
In quo inter hanc quartam, & Falcidiam duo differentiæ. IV.
Cum ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum; in ratione quartæ fideicommissariæ patrimonium, quale est, nullo onere deducto æstimatur. V.
Illic spectatur quantitas patrimonii tempore mortis; hic tempore eo, quo fit restitutio. VI.
In quartam Falcidiæ imputantur solum res, quas heres capit jure hereditario; in fideicommissarium etiam legata, & fideicommissa. VII.
Item quod conditionis implendæ causa heredi datur. VIII.
Item fructus, & accessiones ante diem cedentem perceptæ. IX.
Ut in hanc quartam imputatur omne, quod judicio defuncti capitur, ita quod non hoc judicio, & si de bonis hereditariis capitur, non imputatur. X.
In prælegatis *si restituenda portio* deductis nummis, *puta* 100. *id omne in quartam imputatur.* XI.
Si deducto fundo, *vel* corpore certo, *idque a coherede accipitur, non imputatur.* XII.
Secus si accipiatur jure hereditario. XIII.
Quid si heres rogatus sit restituere non simpliciter, *sed* retenta quarta. XV.
Cur quod jure hereditario capitur in quartam imputatur; quod vero a coherede accipitur, non imputatur. XIV.
Unam quartam dumtaxat retineri etiam a filio posse, non duas. XVI. seqq.
An heres quædam, præter quartam, retineat. XIX.
Si non retinet heres quartam, transeunt in fideicommissarium omnes actiones sive coactus *restituit, sive* sponte. XX.
Secus si majorem partem restituit, quam rogatus est. XXI.
Vel etiam si non debitum restituat. XXII.
At si totam hereditatem restituit, qui partem debebat, in solidum actiones transfert. XXIII.
Sin quartam retinet jure hereditario inter eum, & fideicommissarium actiones dividuntur pro portione? Quid si rogatus restituere deducta re aliqua certa, *aut* pecunia. XXIV.

I. QUod cum constabit, heredem in ea caussa esse, ut quartæ retinendæ beneficio uti possit, sequens quæstio illa est, possitne unam tantum retinere, an interdum duas. Quod posterius quæsitum est solum in filio rogato hereditatem restituere. Sed quoniam hujus rei dijudicatio pendet ex his, quæ in quartam de qua agitur, imputantur: de ea tum opportunus cognoscendi locus erit, cum de his, quæ imputantur, dixero. Interim hoc sumemus pro confesso, quod ille locus, spero, facile probabit, unam tantum quartam ab eo, qui rogatus est hereditatem restituere, etiam si sit filius, detrahi posse. Quo recepto, quæretur deinde tertio loco, quanta hæc quarta esse debeat, ut tanta apud heredem relinquatur.

II. Id vero æstimatur ex patrimonio defuncti. Ut est enim hereditas ampla, aut tenuis; ita quarta major, aut minor futura est.

III. Quantitas autem patrimonii æstimatur varie, prout sunt eæ res, quæ ab eo deducuntur, aut non deducuntur; item tempus, ex quo spectatur hæc quantitas.

IV. In his autem diligenter hoc loco notandum est, diversa omnia servari in quarta fideicommissaria, atque in quarta Falcidia, quæ ex legatis detrahitur. Itaque in eo duæ sunt differentiæ animadversione dignæ.

V.

V. Prior versatur in certarum rerum deductione, quæ in uno genere admissa, in altero non agnoscitur. Nam cum agitur de quarta Falcidia ex singulis legatis detrahenda, & quæritur, quantum sit patrimonium, cujus quartam retinere volumus, ante deducitur æs alienum, funeris impensa, & pretia servorum manumissorum. §. *ult. Inst. de leg. Falc.* Contra quarta fideicommissaria sic retinetur, ut patrimonium, cujus hanc quartam esse volumus, æstimetur, quale est, nullo inde onere hereditario deducto, ne [1] legatorum quidem. *L. ult. C. ad Treb.* Ejusque rei argumentum manifestum est, quod omnia onera transeunt ad fideicommissarium ex senatusconsulto. Non transirent autem, si ante essent deducta. Differentiæ ratio est, quod cum legata solum ab herede relicta sunt, ut maxime solida hæc ab eo præsteotur: manet tamen heres, ut prius, & superiora onera apud eum, nec aut hæc, aut alia ulla hereditaria sequuntur legatarios. *L. ult. C. de her. act.* Est autem æquissimum, heredem deducere de patrimonio id, quod patrimonii nomine præstare cogitur. Præsertim cum eo exsoluto (quod facere necesse est) patrimonium tanto minus fuisse intelligatur. At heres restituere hereditatem rogatus, restituta ea, hactenus heres esse desinit, & fideicommissarius heredis loco habetur *L. postulante.* 44. §. 1. *circa fi. ad Treb.* Efficiente id senatusconsulto, quo placet omnia onera, quatenus restituta est hereditas, in fideicommissarium transire. Aperte igitur inique postulet heres superiora onera deducere de hereditate, quorum præstandorum necessitate non tenetur.

VI. Altera differentia est in tempore, quo in istarum quartarum deductione patrimonium spectatur. Nam in deducenda quarta ex legatis quantitas patrimonii spectatur tempore mortis testatoris; ut si eo tempore legata dodrantem patrimonii excedunt, quantum quartæ tum deest, tantum semper postea heres habere debeat, quantumvis fructibus, & reliquis emolumentis hereditariis ita creverit hereditas nondum adita, ut, legatis omnibus exsolutis, quartam hereditatis præsentis, & amplius heres sit habiturus. Et contra si eo tempore quarta hereditatis fuit heredi integra, nihil ipse detracturus sit postea de legatis, quamvis ante aditam hereditatem ita decreverint bona casibus fortuitis, ut, legatis præstitis, nihil ei superfuturum sit ex hereditate. Quo fit in summa, ut damna quæcumque in rebus hereditariis contingentia heredis periculo sint, legatariis nihil noceant. §. *quantitas. Inst. de leg. Falc. L. in quantitate. L. in ratione.* 30. *D. ad leg. Falc.* In quarta fideicommissaria contra. Æstimatur hæc ex eo tempore, non quo testator decessit, sed quo hereditas restituenda est. Unde evenit, ut & in ea utrumque illud superius contra observetur. Nam si heres, quo tempore testator mortuus est, non plenam quartam habuit, deinde fructus, & alia incrementa hereditaria perceperit ante diem fideicommissi cedentem, his rebus augetur quarta, dum placet, eas in quartam imputari. *L. mulier.* 22. §. *si heres. D. ad Treb.* Quo non aliud significatur, quam si ista ad quartam sufficiant, quo tempore restituitur hereditas, nihil desiderare posse heredem amplius, etsi ab initio quartæ multum defuerit. E converso si tempore mortis testatoris tantum habuit, quantum sufficeret ei ad quartam portionis suæ, damna postea in rebus hereditariis contingentia minuent quidem ejus portionem, sed minuent & dodrantem pro portione; ut consequens sit, heredem quarta hereditatis, quæ hereditas tunc sit, cum restituitur, contentum esse oportere. *L. deducta.* 58. §. *cum autem. in fi. D. ad Treb.*

VII. Constituta quartæ quantitate, quam heres pro ratione patrimonii habere debeat: sequetur illud quartum, ut quæratur, an quanta illa quarta est, tantam eam heres habeat; ut si non habet, præstetur, quod deest; si habet, nihil desideret amplius. Quæstio in eo est, quid illi in hanc quartam imputetur, ut dum id habebit, intelligatur quartam habere, quam requirit. Et hac quoque parte aliud servatur in quarta fideicommissariæ hereditatis, aliud in quarta Falcidia, quæ de legatis detrahitur. In hanc imputantur solum res, quas heredis capit jure hereditario, non etiam quas jure legati, vel fideicommissi, vel conditionis implendæ caussa. *L. in quartam. D. ad Leg. Falc.* In illam omnia, quæ percipit heres [2] judicio defuncti. *L. mulier.* 22. §. *si heres. in fi. ad*

1) Vide *not. supr. Cap.* 28. *N.* 2. quæ huc transferri promiseram, neque tamen illic, opinor, posita incommode.

2) An & donatio conjugalis morte confirmata imputatur. Negat Scip. Gentil. 3. *de Donat. int. vir. & ux. C.* 30. quia magis jure actus inter vivos gesti capiatur, quam hereditaria, legative; & quia confirmatur sola morte, ante aditam hereditatem. Contrarium verius puto, quia dicitur esse ex supremo judicio *L.* 32. §. 3. *de donat. int. vir. & uxor.* argum. *L.* 12. *C. ad L. Falc.* Nec rationes Gentilis resistunt. Nam immo similis est donatio hæc legato *d. L.* 32. & etsi non esset, sufficit ad hoc, ut capiatur ex judicio defuncti *d. L.* 32. §. 3.

ad Trebellian. Differentiæ ratio cum aatis intelligi non possit, nisi sententia, & ratione legis Falcidiæ prius cognita: hujus autem legis tractatio incidat in librum sequentem in argumento de legatis, ad quæ illa lex pertinet: faciendum putavimus, & vero ita omnino faciendum fuit, ut ea ipsa ratio differentiæ in eum locum differetur, in quo de hac lege, ejusque quarta agitur. Id caput est libri sequentis, XXVI. Nunc satis sit id tenere, quod proprium est hujus loci, in quartam Trebellianicam omnia imputari, quæ judicio defuncti capiuntur. Hujusmodi sunt legata, & fideicommissa; de quibus constat. Sunt enim donationes a testatora relictæ. §. 1. *Inst. de leg.* Propterea & in hanc quartam imputari aperte, & sine ulla ambiguitate verborum dicuntur in *d. L. in quartam.*

VIII. Nec minus tamen eodem judicio testatoris capi intelligitur, quod conditionis implendæ caussa heredi datur. Veluti cum heres restituere hereditatem jussus est Mævio sub conditione, si Mævius illi decem daret: & Mævius, ut coo ditioni pareret, decem dedit. Judicium, & voluntas testatoris de his dandis in eo est, quod testator vult illa dari heredi, etsi vult sub conditione, quæ est in potestate Mævii, oempe hac, si ille ad fideicommissum pervenire voluerit. Ideo & hæc in eamdem quartam imputari debere placet. Quod & Marcianus adiiciens prioribus, etsi cum aliqua ambiguitate sermonis, expressit tamen in eadem [3] *L. in quartam,* his verbis: *sed & quod implendæ conditionis caussa fideicommissum heredi datur, in eadem caussa esse admittendum, sciendum est.* In eadem caussa, nempe in qua prius lagata, & fideicommissa heredi data esse dixerat. Dixerat autem, in quartam fideicommissariæ hereditatis illa imputari. Sed an superioribus verbis loquatur de eo, quod simpliciter datur conditioni implendæ caussa, ipse dubium fecit propter verbum fideicommissi, quod addidit. Ait enim in eadem caussa esse, non simpliciter quod datur conditionis implendæ caussa, sed quod fideicommissum datur hoc nomine. Atque in ao quod tantum conditionis implendæ caussa datur, nullum legatum, nullum fideicommissum est, utpote cujus præstatio nulla necessitate teneatur, sed pendeat ex sola voluntate dantis. *L. si quis sub conditione. D. si quis om. caus. testa.* Sed loqui Marcianum de eo, quod conditionis implendæ caussa datur, ex verbis manifestum est. Nec vero ullum fideicommissum, quod proprie ita dicatur, esse potest, quod detur conditioois implendæ caussa. Fateodum est igitur, illud ipsum, quod implendæ conditionis caussa datur, fideicommissum hoc loco ab illo appellari: non tamen proprie; sed abusive ex eo, quod hæc præstatio fideicommissi similitudinem quamdam gerat eo, quod & ipsa ex judicio testatoris proficiscatur. Ne autem dubitemus, etiam hoc genus dati in quartam Trabellianicam iioputari: Quod superiore loco fortasse obscurius dictum est, id clare definit Papioianus in [4] *L. acceptis.* 103. *ad leg. Falc.*

IX. Eodem oumero habentur [5] fructus, & omnes accessiones ex rebus hereditariis ante diem fideicommissi cedentem perceptæ. Tantum ideo, quod judicio testatoris percipi videntur, ut est in *d. L. mulier.* §. *si heres. ad Treb.* Judicium defuncti deprehenditur ex ipsa fideicommissi dilatione. Non enim potest testator videri distulisse fideicommissum in tempus, oisi ut interim heres fruetetur here-

3) Disent. Cujac. *in Par. ad L. Falc.* & 8. *Obser.* 4. vers *sed & quod*, abesse scribens a Basilicis, & archetypo Florentino, & hæc in Trebelliano non imputari, per *L.* 30. §. 7. *ad L. Falc.* laudatus a Fac. 6. *Q.* 52. rectius reprehensus ab A. Fab. 6. *Conject.* 3. & 4. qui tamen *d. vers. sed & quod* non quidem falsum, sed superfluum esse opinatur, cum idem habeatur, in vers. praecedenti *sed etsi accepta.* Sed non idem in eo habetur. Aliud enim est heredem rogari, ut restituat acceptis 100. de quo in *d. vers. sed etsi*, ubi centum illa accipit ex hereditate, & de fideicommisso deducit. Aliud si rogatus est Mævio restituere, si Mævius dederit 100. de quo in *d. vers. sed & quod*, ubi pecunia accipitur a fideicommissario. Neque ac *d. vers. sed etsi*, accipitur de prælegato, quasi idem in eo tradatur, quod in præcedenti, sed intelligendum de eo, qui solus institutus, idemque rogatus nihil a coherede accipit. Ad *d. L.* 30. §. 7. *ad L. Falc.* recte quidem, contra Cui. Resp. A. Fab. *d. C.* 3. non ibi agi de Trebellianica, sed Falcidia 1. quia vocula, *tametsi*, connectit eum §. cum praecedentibus, in quibus de Falcidia. 2. per verba legis Falcidiæ *ratione*, quia licet sæpe quartam Pegasianam vocetur Falcidia, tota nam tamen SC. Pegasianum vocatur Lex Falcidia. Quia autem sibi obstare videt verba: *ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est*, illos loco motis substituit hæc: *ab eis, quibus verbis res restituere rogatus est.* Sed nulla in tanta lectio non est. Potius dico cum Duaren. *ad L. Falcid. Cap.* 8. *f.* 56. hereditatem illic metonymice accipi pro rebus hereditariis: Aug. Math. *Lib.* 2. *de Vin Jur. C.* 22. *n.* 31 & *seq.* distinguit: Si subsequatur conditio fideicommissum, vel si in vim modi, aut caussæ posita fuerit, tunc data conditionis implendæ gratia imputari in Trebellianicam. Si autem præcesserit conditio, ut positas ab ea pendeant fideicommissa, non imputari. Quæ enim, inquit, sunt in conditione, non insunt in dispositione, nec deferuntur a testatore, sed pendent ab arbitrio adimplere volentis conditionem.

4) Nam traditur ibi exceptio, quod quartæ retentioni locus sit, ultra acceptum conditionis implendæ caussa, propter fideicommissum sequens, quia videlicet illud ipsum acceptum alii restituere rogatus est, & ita in effectu non capere videtur, quod non mammarum *L.* 71. *de U. S.* Quare si exceptio regulæ conformis, aliud erit, si illud acceptum retinet, nec in eo etiam oneratus est.

5) Ita & distinguunt P. Greg. 40. *Synt.* 31. *n.* 24. & Joan. Copus *Lib.* 2. *de Fruct Tit* 3. *C.* 6. excipientes tamen liberos gravatos, qui fructus hos non imputant *L.* 6. *C. h. t.* ubi & hoc tradit Don. noster. vid. & Menoch. *de Arb. Cap.* 356.

Digitized by Google

hereditate pro commodo suo; alioqui, si volebat commoda omnia statim pertinere ad fideicommissarium, quid attinebat restitutionem differre, quæ nihilominus omnia commoda hereditaria fideicommisso repræsentaret?

X. Sed ut in quartam Trebellianicam imputantur omnia, quæ judicio defuncti capiuntur: ita contra quidquid hoc judicio non capitur ab herede, etsi capitur de bonis hereditariis, placet non imputari. Exemplo sunt fructus ab eo post aditam hereditatem ex fideicommisso præsenta percepti. Hi fiunt quidem heredis, nec in restitutionem veniunt; sed non imputantur ei in quartam; quia, inquit Ulpianus, negligentia petentis, non judicio defuncti percepti videntur. Hoc ille in *d. L. mulier. §. si heres, in pr.* Quapropter quod simpliciter ab eo scriptum legitur in *L. in fideicommissariam. 18. in pr. ad Treb.* fructus in quartam imputari, de prioribus fructibus intelligendum est, non de posterioribus, ut superiore loco ab eodem auctore declaratur.

XI. Quod tamen diximus in quartam fideicommissariæ hereditatis imputari heredi, quod jura legati accipit, in prælegato non usquequaque placuit, cum scilicet ex pluribus heredibus institutis unus rogatus est restituere portionem hereditariam, & idem jussus præcipere aliquid ex hereditate, seu ei aliquid ex hereditata prælegatum est. Id aliquando in quartam imputatur totum; nonnunquam pro parte; & hæc ipsa pars non semper eadem servatur. Summa autem est, ne unquam in hoc prælegato imputetur in quartam id, quod a coherede accipitur. Ea autem pars, quæ accipitur jure hereditario, ut imputetur tota; nisi quid testator excipiat. Hinc de hoc genere hæc distinctio, cujus membra licet ex diversis locis colligere. Refert, utrum testator rogaverit heredem restituere portionem hereditatis deductis nummis, puta centum; an vero deducto fundo, aut corpore aliquo certo. Si nummos præcipere jussus est, totam hanc pecuniam jure Falcidiæ percipere videtur, inquit Papinianus: idest, totum in quartam imputat. Et addit rationem, quia pecunia omnis de portione ejus retineri potest. Et vero sic accipitur, quasi inde eam retinuisset. Hoc ille in *L. deducta. 58. §. acceptis. D. ad Trebell.*

XII. Quod si fundum præcipere jussus est, vel, quod idem valet, si prædium est ei prælegatum: nunquam imputatur in quartam, nisi pars una, hereditaria videlicat. Non imputatur altara; quia, inquit idem Papinianus ibidem, alia portio non nisi a coherede, qui dominium habet, accipitur. [6] Obtinuit autem in prælegato extra quartam esse id, quod a coherade accipitur. *d. L. in quartam. illic, pro ea vero parte. D. ad leg. Falcid.* Sumptum, ut apparet, ex vi, & natura prælegati: quod testator jubens rem præcipi, hoc ipso satis declaret, se velle eam heredi esse præcipuam. Quod ita fit, si id quod accipit a coherede, sic habeat, ut nec in quartam imputet.

XIII. Quod attinet ad portionem hereditariam, quam habet heres in fundo prælegato, consequens est superiori sententiæ, ut hanc quoque heres retineat; quod & facit. Sed & illud videbatur consequens, ne in quartam imputaret, cum & hanc pariter velit testator esse heredi præcipuam, ut & totum prælegatum. Placuit tamen, hanc in quartam imputari, si testator jusserit heredem portionem totam hereditariam restituere non adjecto eo, ut quarta pars deduceretur. *L. Titia. D. ad leg. Falcid. L. filium quem. C. famil. ercisc.*

XIV. Cur [7] ergo hoc secus visum de hac portione hereditaria, quam de altera, quæ a coherede accipitur: cum non minus jure, nec minus ex eadem voluntate defuncti retineatur ea, quæ habetur jure hereditario? Conjectura voluntatis ex verbis fideicommissi ducta est. Rogatur enim heres, portionem hereditariam restituere. Atqui in portione hereditaria est portio fundi prælegati, quæ jure hereditario habetur. Etsi igitur fundum prælegando postea videtur testator prælegatum ex fideicommissu excepisse, ut supra diximus.

Ex

6) Cujac. in L. 88. de her. inst. & Obs. 4. in neutram Falcidiam imputari, quæ a coherede jure prælegati accipiuntur. d. L. 91 compensari tamen quoties vice mutua præstare coheres coheredi tenetur. L. 24. C. Fam. erc. quod posterius refellit. Don. ad d. L. 24. Diss. omnino Huar. 2. Disput. 10. & ad L. Falc. C. 8. f. 561. volens in vers. pro ea vero parte IC. reverti ad primam quartam. & ita eum vers. accipiens non de Trebellianica, sed Falcidia. Quod durissimum mihi videtur, tametsi probetur Matthaeo. 2. de Vit Jur. C. 22. n. 27. qui & n. 14. & seq. aequa distinctione d. L. 58. §. 3. accipit non Trebell. sed Falcidia. Quod non titulus illic, nec verba ipsa §. nec praeced. & seqq §§. admittunt. Idem dicit in d. L. 86. agi de prælegata post heredis institutionem, & illud dudum ipsius testatoris, uno legis auctoritate, vid. & Peregrin. de Fideicomm. A. t. 3. n. 38. & seq.

7) Vulgo rationem diversitatis ponunt in difformitate, quia prælegatum nec hereditatis nec legati titulo tantum, sed partim ut hereditarium, partim ut legatum percipitur. Quod, ceu nugatorium, merito rejicit. Huar. d. C. 8. f. 961. & refellit Matthaeus. d. C. 22. n. 19 quia natura Trebell. est heterogenea. Ergo potest difformia, & multigena imputare. Sed non quia hæc ratio inepta, ideirco & sententia, quod hi volunt, falsa. sed proba est ratio Don. nostri.

ex *L. Titia. ad leg. Falcid.* tamen non placet, sic a verbis fideicommissi recedi, quin heres portionem hanc hereditariam retinendo saltem eam in quartam imputet.

XV. Hic tamen etiam distinctio adhibita est a Scævola in *d. L. Titia.* ut tum demum totam hanc portionem prælegati hereditariam heres imputet in quartam, si is rogatus sit restituere hereditatem simpliciter: id est, non adjecto eo, ut para quarta deduceretur; quia tunc constaret contra sententiam testatoris Falcidiam induci, id est, quartam retineri. Quod si rogetur heres restituere hareditatem retenta quarta parte: putat Scævola in *d. L. Titia.* quia hoc casu retineretur quarta ex voluntate testatoris, heredem nihil amplius ex fundo prælegato imputare debere in quartam, quam portionis hereditariæ, quæ in prælegato habetur, partem quartam, ut testatoris verba efficiunt. Et ideo, si heres institutus sit ex triente, imputare eum in quartam debere partem duodecimam fundi prælegati. Nam hæc una est uncia, quæ facit quartam partem trientis. Una autem uncia est duodecima pars assis, id est totius hereditatis. Vide plura in eamdem sententiam, quæ [8] scripsimus in commentariis ad Codicem *ad L. filium quem. C. fam. erc.*

XVI. Jam ex his satis intelligi posse puto, cum heres, quisquis est restituere hereditatem rogatus, quartam hababit ex senatusconsulto debitam, & habebit iis rebus constantem, quas in eam quartam imputari supra diximus; habere eum id, quod illum ex senatusconsulto contentum esse oporteat: ut hac retenta quarta, totus qui reliquus est quadrans, fideicommissario restitui debeat. Atque ita non duæ quartæ hic versentur, sed una, quæ sola heredi tribuatur. §. *sed qua heredes. Inst. de fid. her.* Atque etiam illud intelligimus, eum, qui ea habeat, quæ in aliquam quartam imputantur, eam quartam habere, ut jam eam frustra desideret. Quod si ita est, confectum est de duarum quartarum deductione; quod secundo loco hic quæri diximus; ut ne filius quidem hereditatem restituere rogatus, amplius quam unam possit deducere, de quo tamen quæsitem, & aliud quibusdam visum esse scimus.

XVII. Movet autem in hac specie dubitationem, quod huic filio duplici jure defertur quarta. Primum jure naturæ hoc ipso, quod filius est. Quo jure jam olim quartam habere debuit, remota omni mora, atque omni onere. *L. Papinianus. §. quoniam. D. de inoffic. testam. L. omnimodo. in princ. L. quoniam in prioribus. in princ. C. eod.* Postea aucta est ea portio lege Justiniani, & cœpit essa triens, aut si plures sint liberi quam quatuor, semis. *Novel. de tri. & sem.* Sed & eidem restituere rogato tribuitur quarta ex senatusconsulto. *d. §. sed quia heredes. de fid. her.* Quæritur igitur, utrum utraque hæc portio sic illi deferatur, ut altera debeat esse contentus, an vero ita, ut simul utramque possit deducere. Primum quidem portionem jure naturæ debitam, tanquam æs alienum; deinde in reliquo ita Falcidiæ rationem inire, ut inde quartam jure fideicommissi retineat; dodrantem restituat. Et hoc posterius visum est Innocentio, quod & ab illo constitutum exstat in *Cap. Rainutius. extra de testam.* In quo si de auctoritate Pontificis quæritur in novo jure hac de re constituendo, per nos licet ei tantum tribuat quisque populus, quantum vult. Sin quæritur de jure civili, & iis, penes quos constat, condendi juris potestatem esse: sententia est, quæ aperto [9] jure refellitur;

8) Quem de illius L. obscurissimæ sententia latius vide, ut & Cujac. *ad L. 88. de her. instit.* Charond. 2. *Verosim.* 4. Chiflet. *de Port. legit. C.* 13. *p.* 812. *& seq.* P. Grangian. *Paradox. C.* 49. 2. Fab. 6. *Conject.* 5. & Fac. 6. *Q.* 51.

9) Ac Cynus decreta Pontif. ex falso juris intellectu processisse. Et Fulgosius: Error eorum originem habuit ex errore nostrorum commentationum, teste Cujac. 8. *Obs.* 3. Et discrimen inter jus Civile, & Canonicum agnoscit Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. progressu* §. 26. *n.* 35. *&* 2. *seqq.* & M. Ant. Cocch. *Tr. de Legitima* § *Quoniam vero n.* 3. *p. mihi* 53. Marat. *Tr. Quartarum. C.* 3. Govean. *ad L.* 2. *de Vulg. n.* 39. *& seq.* Ant. de Padilla *ad Auth. res quæ C. comm. de leg.* n. 35. Aug. Matthæus. 2. *de Vet Jur.* 26. *n.* 20. ex verbis, *secundum Tuscanæ consuetudinem civilitatis*, probat in moribus, & LL. Longobard. fundatum esse constituit *d. C.* Rainutius, non jure Civili. Et ibi tantum quæstionem facti referri, non sanctionem Papæ. Judices autem voluisse sequi jus Civile, sed valde errasse eos, putantes ita LL. esse constitutum. Atque ita hic nec jure Canonico detractionem duarum quartarum admittit. Quia autem hanc quæstionem acute tractat Hotom. *Ill. Q.* 43. non pigebit, brevem ejus argumentorum summam referre. Pro affirmativa igitur afferri possunt, præter *Tex. juris Canon. de C.* Rainutius, & c. Rainaldus *de Testam.* 1. *L.* 2. *in fi. L.* 3. *§. a. h. t.* 2. Quia hæ quartæ ex diverso jure: Legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex Senatusconsulto. Et sicuti prælegata non imputentur, &c. ita nec legitima. 3. Illa ut a filio, hæc ut ab herede deducitur. Nihil autem absurdi, aliquem duplicem personam sustinere, & inde duplex commodum ferre *L.* 22. *de his quæ ut indig.* 4. Ex duplici causa duplex deductio in *L.* 67. *ad L. Falc.* 5. *L.* 20. *C. ad L. Falc.* ubi filii heres Trebellianicam deducit. 6. *L.* 18. §. 14. *in fin. de inoff.* ubi fideicommisso gravatus, de inofficioso questus, & victus id tantum perdit, quod Falcidiæ (id est legitimæ, ceu sumitur in §. 11. *ejusd. L.*) jure habiturus. Ergo si questus non esset, haberet & Trebellianicam & legitimam. Contra pugnant 1. Natura & sensus communis. Hæc enim assis ratio, ut, una parte nominata, altera intelligatur ex natura relatorum. Quoties igitur, & ubi est deductio quadrantis, ibi reliquatio dodrantis; nec quadrans detrahitur, nisi ei cui integer manet dodrans. Et Lex Falcidia non tantum quadrantis detrahendi, sed & dodrantis relinquendi rationem haberi vult, (sic & Matthæus. *d. C.* 25. *n.* 14. Lex Falcidia, inquit, aperte dat licentiam legandi ad novem uncias. Sic autem pater libere ad eas non legaret, &c.) 2. Privatio præsupponit habitum. Inde igitur quadrans detrahitur ubi redundat: & ab eo, cui plus dodrante superat. A quonam igitur filius, qui jam deduxit legitimam, petat

tur: estque ideo adversus illud capitulum repudiata magno consensu ab interpretibus juris civilis prope omnibus. Quod & glossa ibi testatur ad verbum, *legitimam*. Ubi & refert Jacobi de Bello viam in eam sententiam, quæ juris civilis est, argumenta: & quæ ille ad objecta respondet. Recte judicio meo, omnia.

XVIII. Res autem sic habet in summa, ut, cognitis his, quæ de imputatione superiore diximus, non aliud dici possit, quam filium una ex his contentum esse oportere. Ut enim sunt ea, quæ in utramque imputantur, qui unam habeat, jure eum alteram hactenus habere videri, & cum habeat, amplius eam petere non posse. Idque efficitur hoc modo. Qui ea, quæ in quartam aliquam imputantur, ad eum modum habet, qui quartam efficit, is eam quartam habet, nec in ea quidquam requirere potest amplius. *L. in quartam.* 91. *D. ad leg. Falcid.* At qui quartam Trebellianicam habet, is habet ea, quæ imputantur in quartam lagitimam. Ergo qui babet quartam Trebellianicam, is continuo & simul habet catenus legitimam. Et vice versa, hoc idem valet, ut qui legitimam prius consecutus est, habeat ea, quæ imputantur in quartam Trebellianicam. Quare & qui legitimam habet, simul babet & Trebellianicam. Quæ enim imputantur in quartam fideicommissariam? Quæ jure hereditario, quæque aliter judicio defuncti capiuntur. *L. mulier.* 22. §. *si heres. ad Trebell. L. in quartam. D. ad leg. Falc.* Atqui hæc eadem imputantur in legitimam. *L. omnimodo. C. de inoffic. test.* Hæc autem in legitimam imputari nihil aliud est, quam heredem, quatenus ea habet, eatenus legitimam habere, & his ad legitimam debere esse contentum. Quæ rursum imputantur in quartam legitimam? Jam dixi hæc ipsa: illa, inquam, eadem, quæ cum habe-

petat Trebellianicam. Quartæ detractio conceditur heredi ultra dodrantem gravato. Et quotira non est gravatus, sed quoquo jure, hereditario, legati, præceptionis, retentionis, alioce ei quadrans salvus, deductioni locus non est. 1. Quia in reliquis quartis unius adeptio alteram excludit. Tria sunt exempla in *L.* 8 §. 9. § 11. *&* §. 15. *de inoff.* quartum in *L.* 1. §. *pen. Si cui plus quam per L. Falc.* 4. *Nov.* 39. *C.* 1. ubi notat Bart. 3. *L.* 5. *ad Trebell.* 6. *Regula L. quoties* 91. *de R. I.* & quia duæ lucrativæ causæ non concurrunt. § 8 *I. de leg.* Dicas: Legitima non est causa lucrativa, sed debetur jure naturæ. Resp. Demus Tota hereditas lege naturali debetur liberis *L.* 7. *de bon. damn.* non tamen quicquid ex duplici causa debetur, bis peti potest *L.* 3. *de pet. her.* His permoti quidam, ut Hotomannus distinguunt: ut pure gravatus filius unam quartam deducat; in diem vero vel sub conditione, legitimam statim deducat; adveniente autem vel, conditione etiam Trebellianicam. Auctor Azo *in Summ. Nov.* 1. & sequitur *Gl. in L.* 8. §. 14. *de inoff L.* 10. *C. ad L. Falc. & Gl. in d. C.* Hanc ut. testatur de communi. Sed distinctio hæc 1. destituta est lege. 2. Si natura non fert eodem tempore detrahi, neque distinctio. Quare multi eam rejiciunt. (Ratio hujus distinctionis, quam communiter approbatam scribit Farlad. 1. *Rer. Quotid.* 11. *n.* 4. Gomez. *ad L. Taurin.* 3. *n.* 82. quia si pure gravatus est, eodem tempore duæ deductiones concurrere non possent; sin sub conditione possunt diverso tempore. Sed rejicit eam quoque Cujac. 8. *obs.* 3. quia si diversis temporibus possunt concurrere cur non eodem? Certe majori onere premitur gravatus pure, ut si ulli concedenda foret duplex detractio, huic potius quam gravato sub conditione daretur, in quem sensum & Chiflet. *de Port. legit. C.* 13 *p.* 810. Matthæ. *d. C.* 25 *n.* 20. legitimam non detrahi, sed relictam excludere querelam. Et heredem institutum nunquam demere legitimam. Nam filius institutus pure, & gravatus fideicommisso sub conditione, quomodo statim deducit legitimam, cum habebat totam hereditatem, ac incertus sit conditionis eventus?) Denique ad argumenta pro aff. Resp. Hot. Ad 1. Resp. Esse quidem ibi duplicem deductionem, unam de legatis, alteram de fideicommisso; sed si arsem spectemus, unius tantum quadrantis. vid. *nos. supr. Cap.* 28. *N.* 3. Ad 2 Resp. Prælegata capit heres non detractionis jure (atque ita est unica detractio,) sed mero testatoris beneficio: vid. *h. Cap N.* 6. 7. Ad 3. Resp, ex *d. L.* 8. §. 16. *de inoff.* ubi itidem duæ personæ sustinentur, & tamen una quarta deducitur, & maxime ex *L.* 1. §. *pe. Si cui plus quam per L. Falc.* Hoc tantum sequitur. Si ex vario jure; Ergo optio filio utro jure velit alterutrum consequi. Ad 4. Resp. Una ibi detractio. Nam quod ob legatarii vitium decedit, ex lege Julia, heres non detrahit, sed id ei ut caducum defertur (ita & Cujac. 8 *Obs.* 5. *in Specie I.* 67. *ad L. Falc.* partem retinere heredem suo jure, partem vitio legatarii. Hic autem quæri an utramque portionem retineat suo jure, vid. & Chifl. *de Port. legit. C.* 13) Ad 5. Resp. ex *L.* 6. *C. ad Treb. & L.* 41. §. 3. *de vulg.* Ante auctam legitimam filii fideicommisso gravati deducebant Trebell. & solam. Ad 6. Resp. Ante *L.* 30. *C. de inoff.* qua actio ad supplementum legitimæ prodita, filius non querelans nihil obtinuit, quam quod nominatim relictum: & si quid relictum, id omne imputabatur in Trebell. *L.* 91. *ad L. Falc.* Singularis tamen videtur casus, quo duæ quartæ deducuntur, notatus a Fulgos. *ad L.* 10. *C. ad L. Falc.* Quando filiæ, cui pater antea dotem, legitimæ partem, dedit, instituta est, & fideicommisso gravata. Hic præter dotem etiam Treb. in reliquo summa detrahit, quia revera ea sola est in hereditate, *L.* 68. *de Leg.* 2. in qua dos non est *L.* 14. *ad L. Falc.* Quod autem dos imputatur in legitimam *L.* 29. *C. de inoff.* contra juris rationem inductum propter querelæ odium, nec trahendum ad consequentiam (itaque si penitus rem consideramus, neque hic duarum quartarum est detractio, licet pene in effectu res eodem redeat.) Quærit tandem Hotom. posito, duas quartas deduci, quotam hereditatis partem auferent. Vulgo statuunt, prius legitimæ nomine ex asse quatuor uncias detrahi, postea ex besse reliquo duas, ut ita semissem habeat. Ratio eorum: quia legitima gravari nequit fideicommisso. *Leg.* 32. *Cod. de inoff.* Quare de besse solo restituendo videtur rogatus. Sed nec natura patitur, quadrantem ad bessem referri, & legis Falcidiæ, quam SC. Pegasianum sequutum, hæc verba: *Ne minus* 4. *partem hereditatis &c.* Ad *d. L.* 32. Resp. Non eo minus tamen legitima partem assis hereditarii facit, nec id privilegium efficit, ut sit extra hereditatem. Hæc, quæ intra has parentheses ( ) ex Hotom. scribenda tamen, errorem CCtorum toto orbe Jus fecisse, ut & Castilian. Cotta in Memor. *V. Filius gravatus*, Matthæ. *d. C.* 25. n. 28. communem errorem in foro observari. Vacon 4. *Decl.* 59. *n.* 7. dist. Ante *L.* 32. *C. de inoff.* non potuisse deduci *L* 6. *Cod. ad Treb.* post eam posse etiam jure Civili, non expressa aliqua lege sed ex ratione, *d. L.* 32. quia a legitima omne gravamen removetur. Ergo fideicommissum non continuabitur, sed manebit ipso jure ab hereditate separata. Sed Responderi potest ex Matthæo. *d. C.* 25. n. 33. Legitima non recipit onus. sola scilicet separata ob alios quartis, non autem conjuncta hereditati. Atque ita propositio vera in sensu diviso, non in composito, vel conjuncto. Plura de hac quæstione vid. apud Cujac. 8. *Obs.* 3. Cont. 1. *Disput* 3. Chiflet. *de Portion. legit. C.* 13. Vaud. 2. *Q.* 32. A. Fab. 12. *de Err. Prag.* 7. Matthæo. *d. C.* 25. *& Lib* 4. *Epit. legator. Cap. ult.* Dissent. cum DD. vulgo Claud. de Battand. *Tr. Legitimæ C.* 13. *n.* 68 P. Heig. *P.* 1. *Q.* 32. Peregrin. *de Fideicomm. Artic.* 3. *n.* 51. & maxime Fachin. 5. *Contr.* 2. qui eo movetur, quod Legitima non veniat in restitutionem. Sed infirma collectio. Nam & quod quæ non veniant in restitutionem sæpe partæ imputantur, ut fructus *L.* 18. *pr. &* §. 1. *h. t.*

habere cœperit filius, in quartam Trebellianicam imputentur. Quo circa si filius elegerit prius portionem legitimam, cum in ea acceperit omnia, quæ imputantur in quartam Trebellianicam, necesse est una quoque & hanc habere cœperit. Quam semel consecutus, nullo jure amplius sibi eam adjici postulet. Nunquam ex iis una defertur filio, quin eam habenti simul aperto jure denegetur altera. Non enim defertur simpliciter, sed hac lege, ut cum habebit ea, quæ in eam imputantur, hactenus alteram non requirat. Atqui quod unius est, id placet imputari in alteram. Quare cum filius, quod unius est, consecutus erit, huic necesse est hactenus alteram cessare.

XIX. Sed ut non nisi unam quartam deducit heres, quisquis hereditatem restituere rogatus est: ita extra quartam pleraque sunt, quæ sæpe ille præcipua habens sibi retinet: quod quintum fuit, de quo hic quæri diximus. Hujusmodi esse necesse est ea, quæ ita fiunt ejus propria, ut tamen non imputentur in quartam. Quo in numero sunt eæ partes prælegati, quas in quartam non imputari diximus. *L. Titia. L. in quartam. D. ad leg. Falc. L. filium. C. fam. erc.* Fructus item ab eo percepti ex fideicommisso præsenti ante, quam moram faceret. *L. mulier.* 22. §. *si heres. ad Treb.* Sed & quædam personæ heredis cohærere diximus: quæ & ipsa quamvis restituta hereditate apud heredem manere necesse est: ut sunt jura sepulchrorum, & operarum patroni stipulatio filio herede instituto. *L. quin.* 42. §. 1. *L. si patroni.* 55. *in princip. ad Trebell.* Atque hæc commoda sunt, quæ apud heredem manent, quibus detractis, quantum relinquitur ex hereditate, tantum est, quod transit ad fideicommissarium.

XX. Quod reliquum est, sive quarta retinetur, sive non retinetur, quæritur de oneribus hereditariis, quænam hæc, & quatenus propter jus quartæ retinendæ heredem sequatur. Et si quartam heres non retinet, transeunt in fideicommissarium omnes actiones. Si coactus adivit, jus certum est. *L.* 4. *D. eod.* Si sua sponte, & quartam retinere non vult, sed plenum obsequium voluntati defuncti præstare: dubitari potest, quasi plus restituerit, quam ex senatusconsulto debebat. Sed non restituit plus, quam debebat ex voluntate defuncti: Huic autem, non refragante senatusconsulto, parere potuit. Ideo placuit, etiam hoc casu transire actiones in solidum: etsi putatur tutius factu- rum heredem, si se cogi patiatur, ut, periculo fideicommissarii adita hereditate, sine metu transeant actiones. *L. qui totam.* 45. *ad Trebell.* §. *sed quia stipulationes*, versi. *si vero totam*, *Instit. de fid. her.*

XXI. Sic tamen a volente transeunt actiones in fideicommissarium, si restituit id, de quo rogatus erat. Majorem partem si quis restituit, quam rogatus est, in eam partem, quæ excedit, non transferuntur actiones. *L. facta.* 63. §. *si quis majorem. D. eod.* Sic enim cautum est senatusconsulto, ut dentur actiones in eos, quibus fideicommissum restitutum erit, si heredes fidei suæ commissum, sicuti rogati essent, restituissent. *L.* 1. *D. eod.* Porro in id quod excedit, neque fideicommissum est, nec dici potest heres, sicuti rogatus est, hereditatem restituisse.

XXII. Idem est, si fideicommissum ab herede relictum est, sed quod ab eo non deberetur, & nihilominus heres restituit. Veluti, si patronus ex debita portione heres institutus rogatus sit aut eam, aut ex ea partem aliquam restituere. Si restituit, negat Papinianus transire ex Trebelliano actiones, quoniam non fuerit debitum, quod restituit. *L. patronus*. 60. *D. eod.*

XXIII. Non idem probatum est, si quis de parte restituenda rogatus, nihilominus totam hereditatem adire, & restituere coactus est. Non enim nocere debet heredi, quod coactus adiit. Et quod præter verba fideicommissi restituitur tota hereditas, ubi de parte tantum restituenda heres rogatus est, nihil fit in eo contra, aut præter voluntatem, si, nisi tota hereditate adita, & restituta, non potuit pars dimidia restitui. Ideo recte placuit hoc casu, quasi ex Trebelliano restituta hereditate, & fideicommissario, & adversus eum actiones competere. Id autem quibus casibus accidat, declaratur his locis: *L.* 1. §. *sed & quoties*. *L. cogi.* 16. §. *si quis heres.* §. *cum quidam.* §. *Mæcianus. L. ex asse.* 28. *D. ad Trebell.*

XXIV. Quod si heres jure suo usus quartam retinebit, inter heredem, & fideicommissarium dividuntur actiones, & onera successionis pro portione. §. *sed quia stipulationes. Inst. de fid. her. L.* 1. *L.* 2. *C. ad Trebell.* Sed hoc ita, si quarta pars retineatur ab herede jure hereditario, ut est in *L. si legatus*. 30. §. *multum. D. eod.* Quod ita fit, si aut rogetur heres simpliciter restituere hereditatem, aut rogetur restituere deducta quar-

ta. Tum enim jubetur retineri utroque casu quarta non rerum, sed quarta hereditatis. Diversum,[10] si rogatus sit heres restituere hereditatem nominatim deducta re aliqua certa, aut pecunia. Nam hoc casu placet, quamvis ea re, aut pecunia deducta restituatur hereditas, in solidum actiones transferri, et rem, quæ remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanere. §. *si quis una. Inst. de fid. her. d. L. si legatus.* 30. §. *multum.* Quippe heredem in ea re legatarium esse. *d.* §. *si quis una.* Legatarii autem oneribus hereditariis non tenentur. *L. ult. C. de hered. act.*

HUGO-

10) Alias autem deducitur Trebellianica de quibuscunque rebus hereditariis, æque ut Falcidia, P. Greg. 42. *Synt.* 31. n. 7.

HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE JURE CIVILI
LIBER OCTAVUS.
De legatis & fideicommissis.

CAPUT I.

Cur de legatis & fideicommissis hoc loco. Legare unde dictum. Legatum quid sit.

Nexus rerum indicatur. I.
Explicantur illa verba: uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto. II.
Legare *unde dictum.* III. *seqq.*
Hoc verbum ad personas relatum quid significet. IV.
Quid relatum ad res. V.
Definiri legatum, ut sit donatio testamento relicta. *Hæc verba expenduntur, quave re legatum a donatione inter vivos, mortisve causa differat, ostenditur.* VI.
Hæc definitio latior ne sit, an angustior definito. VII. *seqq.*
Aliud fideicommissum esse, aliud legatum. XIII.

I. Atque hæc ratio est acquirendæ hereditatis superioribus duobus libris nobis exposita: hereditatis, inquam, ejus, quæ quidem suprema voluntate defertur, sive id testamento fiat, quo in genere sunt hereditates, quæ eadem voluntate deferuntur directo cum jure civili, tum prætorio: sive fiat codicillis; quod genus posterius in universitate bonorum deferendа solum admittit fideicommissarias hereditates. Quibus expositis, si quidem vellemus tractationem de hereditate acquirenda cœptam uno contextu exsequi, restabat, ut hereditatibus voluntate defuncti delatis, id est, testamentariis, & fideicommissariis cognitis, ad legitimas, id est eas, quæ sine defuncti voluntate solo jure deferuntur, veniremus. Sed quoniam in testamentis, & suprema voluntate de bonis cujusque non satis est, unam partem exsequi, si cæteras omittas: hujus autem voluntatis optima pars est in legatis, & fideicommissis, quæ eadem voluntate relinquuntur, & acquiruntur: cogit, ut initio hujus partis monui, [1] argumenti conjunctio, post hereditates suprema testatione delatas, quod reliquum est voluntatis hujus, & delationis supremæ, explere: id est, etiam de legatis, & fideicommissis hoc loco dicere; atque ita, omissa tantisper acquisitionis rerum per universitatem tractatione, ad hanc acquisitionem rerum singularum, quæ ex eadem caussa est, deflectere. Quod & a veteribus factum esse ostendit constans ordo, & dispositio harum rerum, quæ extat

1) Et hoc est quod Imperator dicit, *pr. I. hoc. tit.* non sine caussa sequenti loco, post testamenta scilicet hanc juris materiam tractari, quia videlicet legata atque testamento relinquuntur, ut post *Gl.* & Mynს. *ibid.* Turamin. *de Exequut.* *leg.* *C.* 2. *n.* 11. Vult. tamen in *pr. I. h. t. n.* 2. hunc Titulum vagari extra propositum, & rectiore methodo hanc tractationem in Institutionibus subjici potuisse Titulo de donationibus. Duf. 20. legati ab hereditate habet, Forst. 1. *de Success.* 41.

tat in Pandectis, Codica, & Institutionibus.

II. De legatis omnique suprema voluntate ita vetus lex fuit [a] duodecim tabularum, *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*. L. verbis. *D. de verb. signif. Instit. de leg. Falcid. Nov. de nup.* 22. §. secundo. *Legassit suæ rei* dictum pro *super pecunia, & re sua*, quasi dictum esset pro commodo, & utilitate rei suæ, ut sit dativus, ut Grammatici loquuntur, acquisitive positus. Nac ea re moveamur, quod legata ad legatarios pertinent, ad eorum honorem, & utilitatem referuntur. Sane anim hoc ita fit. Sed & hoc ipsum eo spectat, ut rei, & pecuniæ testatoris prospiciatur, dum de ea re recte statuendo fit, ut ipsa bene, & utiliter collocetur, quo aut consistat ipsa, aut sibi liberalitatis gratiam conciliet. Lex ita refertur ab Ulpiano in fragmentis Institutionum *Tit. XI.* de tutelis: *uti quis legassit super pecunia, tutelave rei suæ, ita jus esto*. Fortasse lex ita scripta fuit: uti quis quid legassit rei suæ, ita jus esto. Sed constanter in libris nostris ita refertur, ut initio posui. Nec quidquam caussæ est, cur mutemus. Illud certe nullo modo convenit, ut vitandi superioris incommodi caussa, hæc verba *rei suæ* non ad verbum *legassit*, sed ad illa, *jus esto*, referantur. Quod Alciatus voluit ad *d. L. verbis, de verbor. signif.* Recte dicimus, si quis quid legaverit, ita jus esto de re ejus, non autem de re sua: ut sit hic demonstrativum indicans eum, de quo prius sermo erat, non reciprocum, quod referretur ad legantem, qui de se prius locutus non erat. Tum autem hæc verba *jus esto*, absolute ponuntur. Sed etsi hæc transitum in aliam rem haberent, non tamen diceremus jus esto illius aut illius rei, sed jus esto de illa & illa re.

III. *Legare*, si Varroni credimus, dicitur a *legendo*, sive a *delectu*; ut sit legare, amittere, seu dimittere a se aliquam seu personam, seu rem, quæ vice nostra habeatur. Sic enim Varro *Lib. IV. de ling. lat.* Legatos dictos ait a legendo, quia publice lecti sint, ut mittantur. Ulpianus [3] a lege dictum putavit, qui in fragmentis *Institutionum Titu. XXIV. de lega.* Scribit, *legare* ita dictum, ut sit *legis modo*, id est, imperative quid relinquere. Varronis etymologia, & significationi verbi, & latitudini significationis convenientior videtur. Etsi enim nihil legatur, nisi imperativa: non tamen quidquid imperative fit, aut dicitur, legare est. At quidquid pro imperio a te amandes, id legari recte dicitur.

IV. Adde, quod verbum *legandi* latius patet, quam ut ad res solas, quæ relinquuntur, pertineat. Ad personas pariter, & ad res refertur. Nam & personæ dicuntur legari: ad quas cum verbum refertur, significat amandare a se personam aliquam pro imperio, quæ vice nostra fungatur. Unde legati dicti, qui a nobis ad alios ita missi mandata nostra deferunt, & in his personam nostram sustinent, ut ex superiore loco Varronis paulo ante cognovimus, & in usu latini sermonis nihil nec frequentius, nec notius.

V. Cum ad res refertur significat dimittere a se rem aliquam, quam pro imperio post mortem tuam in alium conferas, ut ex definitione legati mox patebit. In quo sane eamdem illam etymologiam, quam dixi, licet agnoscere. Sic enim hoc confertur in alium post mortem tuam, ut apud illum, te mortuo, vice tua quodammodo fungatur. Quomodo legandi verbum in superiore lege duodecim tabularum accipi constat, quæ de legato rei suæ nominatim scripta est. Atque in hac ipsa significatione ita usurpatur verbum legandi, ut & generale sit, & speciale. Generaliter [4] continet, quidquid quis statuerit de re sua, quod in alium post mortem suam conferret. In quo insunt hæc quatuor, heredum institutiones, legata, quæ proprie ita dicuntur, libertates testamento datæ, tutorum dationes. Et hoc modo legandi verbum in superiore lege duodecim tabularum accipi Pomponius docet in *L. verbis. de verbor. signific.* Et recte: intelligitur enim satis ex his verbis, uti quisque legassit, quæ valent, quomodocumque quis legaverit. Specialiter legatum dicitur, quod delibatum, & decisum de hereditate alteri donatum est. Quomodo legati, & legandi verba in hoc argumento accipimus. Atque hoc sensu

quid

a) Quomodo verba legis 12. tabb. concepta fuisse putat P. Fab. 3. *Semestr.* 24. *p.* 88. Fornerium notans, qui *ad L.* 53. *&* *L.* 120. *de V. S.* voculam *super*, ut irrepititiam, ex notarum compendio errore orto, exterminat.

3) Ita videtur Gœd. *ad d. L.* 120. *n.* 1. qui & hanc definitionem personis legatis competere ostendit, quod & illis quasi lege, vel voto id muneris injunctum sit, quodque dum mandatis a principe, vel Republica mittantur. Vid. & P. Greg. 42. *Synt.* 32. *n.* 1. Dion. Toramin. *de Exeq. Legat. Cap.* 6. *n.* 12. *& seqq.* putans, Ulpianum definitionem proponere, & Tribonianum peccasse, qui, ea omissa, tres alias imperfectiores §. 1. *I. h. L.* 118. *de leg.* 1. *L.* 36. *de leg.* 2. attulerit.

4) Quæ tamen lata significatio exolevit, ut hodie tantum ad caussam particularem referatur. Unde si alicui legetur portio hereditatis, non hereditario, sed legati titulo defertur *L.* 22. §. *ultim. ad Trebell.* Gœd. *in d. L.* 120. *n.* 1.

quid sit legatum, seu, quæ sint de eo nostrorum definitiones, videamus.

VI. Legatum sic definitur Modestino in *L. legatum.* 36. *D. de leg.* 2. ut sit *donatio testamento relicta.* Plena sit definitio, an secus, postea viderimus. Ante hæc verba paucis expendamus, quando ea saltem legato convenire non ambigitur. Legatum est donatio. Plane: donare enim est aliquid in aliquem conferre gratis, ut ejus fiat. *L.* 1. *D. de donat.* Tale est autem legatum: quod totum a liberalitate testatoris proficiscitur. Adjicitur *testamento relicta*. Qua adjectione hoc significatur, sic legatum esse donationem, ut tamen non sit nisi de eo, quod quis post mortem suam datum, donatum velit. Id & *testamenti* verbum, & verbum *relinquendi* pariter indicant. Nam testamentum tantum est de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. *L.* 1. *D. qui test. fac. pos.* Et relinquendi verbum ad mortuos tantum, non etiam ad vivos pertinet: ut dicatur quis relinquere, quod post se, id est, post mortem suam relinquat, & præstari velit. *L.* 1. *in fin. D. de tab. exh.* Hæc vero adjectio est, qua differentia legati propria exprimitur: illa ipsa, qua legatum proprie distinguitur a cæteris donationibus. Nam cum donationum cæterarum quædam sint, quæ donationes inter vivos appellentur; quædam, quæ mortis caussa, *Inst. de don. in pr.* & §. *aliæ*. *L.* 1. *D. eod.* ita sunt hæ donationes omnes, ut in his vivus viventi donet. De donatione inter vivos, nulla dubitatio. *d. L.* 1. *de don.* De donatione caussa mortis dubitet aliquis, cum hæc dicatur legatis comparari. *L. illud*. *D. de mor. caus. don.* Sed nec de hoc genere dubitari oportet. Primum de ea diserte traditum in *L. inter*. *D. eod.* Deinde & hoc ejus rei certum argumentum est, quod dicitur in mortis caussa donatione negotium geri inter dantem, & accipientem, ut si convaluerit donator, reddatur acceptum; item donatum repeti posse condictione. *L. senatus*. §. 1. *D. de mor. cau. don.* Quomodo reddi, aut repeti, nisi prius accipienti datum? Legatum autem ita eum superioribus donatio est, ut hic vivus viventi non donet; sed donet quisque, quod post mortem suam collatum velit.

VII. Hactenus ergo legato conveniunt, quæ exposuimus. Sed an quid in his sit amplius, aut etiam minus, quam definitioni conveniat, dubitari potest. Quid enim, an non heredis institutio donatio est testamento relicta? Neque tamen est legatum, ut nunc legatum specialiter accipi volumus. Rursum an non deest aliquid huic definitioni, cum exstent alibi ejusdem rei definitiones, quæ plus continent? De quo videamus. Recta [5] vero, & justa hæc legati definitio est: quæ nec plus contineat, nec minus, quam legati natura desideret. Nam primum non si generaliter legatum dicitur donatio testamento relicta, idcirco quis existimet, definitionem convenire etiam heredis institutioni, quasi heredi instituto donatur hereditas, neque id aliter fiat, quam testamento. In hereditate deferenda tribuendaque nulla donatio est: sive quod fieri potest, ut nihil sit in bonis, & nihilominus sit hereditas: *L. hereditatis appellatio. D. de verb. sign.* sive quod ita semper datur hereditas, ut non detur gratis, utpote cui incommoda, & onera hereditaria semper sint adjuncta, quibus sit sæpe, ut damnosa sit hereditas, non lucrosa, ut suo loco ostendimus *L.* 2. 3. *D. de bon. poss. d. L. hereditatis. D. de verb. sign.* Legatum vero ideo donationem in se habet, quia apud legatarium est sine onere. *L. si hereditatem. D. man. L. ultim. C. de hered. act.*

VIII. Sed nec quis putet, definitionem superiorem convenire [6] fideicommisso: quod tamen ab initio longe a legato diversum fuisse constat: de quo & paulo post plura. *Cap. sequenti*. Nam nec ab initio fideicommissum fuit donatio, quantumvis testamento relictum esset; quia nulla necessitas fuit ejus præstandi. *Instit. de fid. hered. in princ.* Nec si donatio esset, recte diceretur donatio testamento relicta, quasi

5) Ita & Vult. in §. 1. I. h. n. 3. Gud. ad L. 120. de V. S. n. 2 Dissent. Robert. n. Sent. 22. contendens, definitionem Modestini omnem testatoris dispositionem complecti, lato illo sensu quo L. 12. tabb. legandi verbo usa. Florentinum autem in L. 116. de leg. 1. adjecisse mentionem hereditatis, & Justinianum heredis, ut excluderent heredis institutionem. Sed refellitur, per modo dicto N. præc.

6) Et Cujac. in Parat. de leg. 1. Vult. in §. 1. Instit. hoc. tit. n. 2. quia legatum, tanquam donatio, jure Civili, fideicommissum nullo juris vinculo constituatur. Sed hoc refellit A. Gentil. 1. Lect. 16 quia & fideicommissum est donatio L. 75. pr. de leg. 2. Ac licet, inquit, non uti posset per verbum donandi, quod falsum est d. L. 75. pr. an propterea non diceretur donare? Non est quidquam, ait, omnium interpretamentorum crassius. Quid quod ipse Cujac. 4. Obs. 23. in fin. legati appellatione sæpissime fideicommissum significari scribat, licet locum nullum adducat. Qua de re textus est in L. 87 de leg. 3. vid. C. seq. Et ita in L. 11. §. 6. & 16 eod. L. 30. de pact. dotal. & simil. vid. Fac. 6. Q. 6. Cæterum non legatum videtur vera, & propria esse donatio: Et ideo adjecta in §. 1. I. hoc tit. vocula quædam, quia similis est donationi, genere ac, quod certo nomine exprimatur, destitutum. Sic Arist. 4. Eth. 9. in pr. Verecundiam vocat τινα ἀρετὴν, quam tamen confestim a virtutum censu eximit.

quasi alibi relinqui non posset, cum potuerit, atque adeo solidom fuerit relinqui codicillis; legatum autem non potuerit relinqui nisi testameoto, ut seqoenti Cap. dicetur.

IX. Atque ut latior superior definitio oon est, ut plos contioeat: ita nec est aogustior, ot qoidquam ei desit ad defioitum explicaodum: de qno tamen qoia ex aliis definitionibus ejusdem generis dubitari potest, age, de his prius videamns. Sunt vero apud oostros & aliæ definitiones legati: sed quæ cum superiore ita congruunt, ut si quid adjiciant, magis explicandi caussa fiat, quam quod sit oecesse.

X. Una est apud Justioiannm *Instit. de leg.* §. 1. *hujusmodi*, nt sit legatum *donatio a defuncto relicta, ab herede præstanda.* In qua licet cernere, verbis noo pauca contineri, quæ superiori definitioni desunt. Sed verbis fortasse distet hæc definitio, re & senteotia est eadem. Quod enim dicitur a defuncto relicta, id ipsum est, quod intelligitur illis verbis, testamento relicta. Nam testamentum est defuncti voluntas de eo, qnod post mortem suam fieri velit. *L.* 1. *D. qui testam. fac. pos.* Addidit Justinianus, *ab herede præstanda.* Recte: sive hæc verba ipse adjecit priori illi definitioni, sive ab alio auctore sumpta retulit in Iostitutiooes. Non enim potuit relinqui legatum nisi ab herede: a legatario non potuit. *Instit. de sing. reb. per fid. rel. in princ.* Quoque minus putemus perperam ad ita, idem expressit Florentinus definitione sna, quæ exstat in *L. legatum* 116. *D. de legat.* 1. ubi inter cætera legatum ait esse, quod de hereditate delibatur, nt præstetur. Non potest vero præstari quidquam de hereditate, nisi ab eo, qui hanc obtinet. Is autem est heres. Ergo saltem, dixerit aliquis, prior illa Modestini definitio manca fuerit, ut cui posteriora hæc verba, ab herede præstanda, desint. Minime ideo maoca. Verba enim hæc ad vim legati magis esplicandam facere possunt; re vera oon sunt necessaria. Esto enim, non possit præstari legatum, nisi ab herede: nihil hoc tamen ad definitionem legati: io qua quæritur hoc solum quid sit legatum, non etiam a quo relinquatur. Tradendum hoc quidem posterius etiam de legato, ut & cætera ad jus relicti pertioeotia. Sed traditur postea in præceptis, quæ sunt de legato recte relinquendo.

XI. Quidam putant, hæc verba, *ab herede præstanda*, ideo [7] vitiose adjici, quia non semper legatum præstetur ab herede. Potest enim præstari a vivo testatore, *L. Lucius.* 22. *D. de legat.* 2. Sed multum interest, dicaturne legatum esse donatio, quæ præstetur ab herede, an vero quæ ita relinquatur, nt sit ab herede præstaoda. Semper ab initio sic relinquitur, ut sit præstanda ab herede. Relinquitur, enim, ut præstetur post mortem, quippe testamento: cui locus noo est nisi in his, quæ quis post mortem suam fieri velit. *L.* 1. *D. qui testam. fac. pos.* Sed quod ab initio hoc animo relictum est a testatore, nihil vetat, quominos testator, mutata voluntate, præstet ipse, dum vivit. Neque [8] tamen cum id faciet, eo minus

7) Cen putant Hotom Barc. Wes. Balduin. ad d. §. 1. Barch. *ibid.* & *de Pact.* C. 5. *n.* 40. Walth. 1. *Misc.* C. 7. A Guiber. 1. *Q.* 14. *n.* 5. Bron. 3. *Ass.* 50. Gad. *ad L.* 120 *de V. S. n.* a. nisi tamen, subdit hic, heredem per ἀντίχρησιν accipiamus (quod omnino non est dicendum) pro quovis successore etiam particulari, ut in *L.* 219 *de V. S.* quæ tamen hanc acceptionem vocis, *heredis*, minime prebat. Sumi enim ibi apparet interpretationem ex mente contrahentium contra verba. eo quod in bonæ fidei contractibus magis quid actum, quam quid verbis cautum, spectatur. Turam. *de Exeq. Leg.* C. 1. n. 16. agnoscit quidam Imperatoris esse ea verba, improbat tamen. Sed Cujac. *in Not. d.* §. 1. scribit, ex antiqua Jurisprudentia manare, & a majoribus quasi per manus tradita. Definitionem autem etiam donationi mortis causa convenire. Ad quod risum se non tenere, dicit Alb. Gentil. 1. *Lect.* 16. Ant. Fab. 5. *Conject.* 1. *p.* a52. hæc verba Modestinum addere non potuisse, propter eam, quæ suo tempore supererat, differentiam inter legata per damnationem, quæ accipiebantur eb herede; & per vindicationem, quæ non item. Triboniano vero addere necesse fuisse, ut ea definitione, quæ sit hodie hac in parte legatorum omnium natura, cognosceretur. Sed immo & jure vetari vindicationis præstitisse heredem probat, *L.* 47. *Pr. de leg.* 1. Nimirum si non dominium, possessionem certe præstitit, quæ & hodie præstanda est, effectu legati vindicationis, (ut dominium ipso jure transeat) omnibus legatis accommodata, ut non dici possit, Tribon. ea hac causa verba illa adjecisse. Nam si olim legata vindicationis non convenissent, cum sentit Faber, nec hodia cuiquam legeto convenirent. Aliter Marc. Lyclama. *Li.* 4. *Membranar. ecloga* a.

8) Ita & A. Gent. 1. *Lect.* 15. Vult. *in* §. 1. *I. h. t. n.* 5. non negandum esse, quod testator præstare possit, sed nec negari posse, ei ab alio præstanda sint, non posse nisi a solo herede. Sed hæc rem non plena expediunt. Puto ego, via unquam legatum præstari a vivo testatore, ut legatum; uti nec ullum aliud genus relicti in ultima voluntate, repugnante videlicet illius natura, quæ est, ut, dum vivit testator, revocabilis sit, & ambulatoria, postquam vixit, & ad majores abiit tum demum firmitudinem consequatur. Et ut nulla est viventis hereditas, ita nec legatum hereditatis delibatio, quomodo & post hæc scripta sentire comperi Rad. Fortuer. 1. *Rer. Quotid.* 11. & aliam sensisse Paul. Castr. *Cons.* 236. refer. Castellia. Cotta *in Memoralib. V. Legatum.* licet Gomez. quem itidem post superiora scripta legi, 1. *Var. Resol.* 12. n. 4. distingui valit, an simpliciter tradiderit testator, ut tum transeat in donationem puram, & firmam, nec Falcid. petitur, an ea causa præcedentis legati. In specie ita *d. L.* 22. animo legandi relicta militia præstita e vivo, non ut legatum, sed ut res donata. Ex qua tamen donatione legatum finitur ex probabili mente testantis, nisi alio fortior conjectura ducat. Merito. Nam etsi rem legatam post testamentum ussi donet testator, eo ipso legatum adimitur, & finitur. Magis igitur si illi ipsi, cui testamento adscripsit. Aliter Curt. 2. *Conject. ad. Fr.* 23. ex ea causa non iterum præstari *in d. L.* 22. rem ab herede, quia species, seu corpus, non nisi unicam solutionem recipiat. Unde aliter dicendum putat in pecunia legata, & a vivo testatore præstita, arg. *L.* 12. *D. de probat.* Recte autem doctissimus Aranm animadvertit en *Just.* 9. *Th.* 1. Si ex *d. L.* 12. illatio firma esset, verba quoque illa a *defuncto* a definitione Imperatoris eliminanda fore.

Digitized by Google

minus semper verum erit, legatum ab initio cum relinquitur, sic esse relictum, ut esset ab herede præstandum.

XII. Est & alia definitio legati, quam Florentini esse dixi, exstatque in *d. L. legatum.* 116. *D. de leg.* 1. in hæc verba; ut sit legatum 9 *delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Hæc definitio verbis distans, re ipsa eadem est plane cum superiore, vel potius cum superioribus. Tantum quod in illis brevius, & ob id fortasse obscurius comprehensum erat, hæc pluribus explicat. Significat legatum donationem esse, cum ait esse, quod testator cui collatum velit. Significat donationem esse testamento relictam, cum ait, id præstandum ex eo, quod universum heredis foret. Sic enim testator vult collatum post mortem suam, quia heres, & hereditas non sunt, nisi defuncti. *L. hereditas, D. de reg. jur.* Prolode collatum testamento quia codicillis nihil legari potuit. Ab herede præstandum esse non obscure significat, cum vocat delibationem hereditatis, ubi præstatur quid ex eo, quod totum heredis foret.

XIII. Cum igitur legatum sit donatio, quæ ab herede præstanda sit: sequitur, eum solum legare, qui ita donat, ut heredem suum obstringat ad dandum. Qui autem rogat tantum heredem suum, ut det, legare non videri; quoniam qui rogat, non dat ipse quidquam, neque heredem obstringit, ut det: sed fidei, & pudori heredis committit. Hinc primum intellectum est, aliud fideicommissum esse, aliud legatum: ac propterea fideicommissum ut ad legem duodecim tabularum, quæ de legatis cavet, nihil pertinens, nullam necessitatem præstationis in se habuisse.

9) Ant. Guib. 1. *Q.* 14. *n.* 8 7. 8. Delibatio, inquit, hic non est diminutio (uti Rev. *ad L.* 7. *de R. I.* quasi heres ab hereditate reliqua separat; quæ legatariis præstende) quia legatum est pars bonorum non hereditatis, neque ut Baro (ad Forst. 1. *de Succ.* 40. *n.* 3. & 4 prægustatio, quasi legata prius promantur ex universo, quia immo non debentur ante aditionem Sed deductio ita levior facta, ut hereditas integra censeatur. Quomodo Cicero in Catone Majore dicit delibatos animos ex mente divina Vid. & A. Gent. 1. *lect.* 14. ubi hanc definitionem tuetur contra Alc. 9. *Parerg.* 21. objicientem, quod sit genus metaphoricum. Nam Resp. Gentil. non omnis translatio damnatur, sed obscura. Hæc autem vox est notissimæ significationis. Insectatur vero Cujacium Gentilis. qui, ut & Gad. *ad L.* 190. *de V. S. n.* 2 IC. respexisse putat ad L. Falcid. Sic enim non ex natura sua, nec ut ante legem Falcid. fuit, definiretur Infelicior Matth. Gribald. *ad Rub. de leg.* 1. correctio legentis *deliberatio hereditatis*, id est de hereditate, consultata a Conr. Offenbachio in *Addit. ibid.*

C A P. II.

Fideicommissum quid sit: Quid a legatis distulerit olim: & de harum rerum, quæ postea secuta est, exæquatione.

Fideicommissum quid sit. I.
In quo olim a legato differret. II.
Illud temporibus Augusti cœpisse valere, ac effectu vim legati obtinuisse. III.
Differentias tamen plures inter ea olim mansisse. Quæ essent. IV. *seqq.*
Hæ sublatæ omnes a Justiniano. IX.
Duæ excipiuntur; & quæ nam. X. XI.
Quo loco exposuerit Auctor, has duas differentias etiam hodie munere. XII.
Illas multo etiam ante tempora Justiniani fuisse sublatas. XIII.
Reliquam tractationem de legatis, & fideicommissis nasci ex regula: uti quisque legaverit de re sua, id ita jus, ratumve sit. XV.
Partitio. XVI. *seqq.*
Cur hic prius de volantate legandi, quam de potestate, tractandum. XXI.

I. ET tamen fideicommissa etiam postea admissa sunt, & legatorum vim habere cœperunt. Quamobrem & quid sit fideicommissum, & quid velimus id a legato differre, sut eum legato simile habere, ut de utroque vel separatim, vel in commune dicendum sit, cognoscendum est. a Fideicommissum est omne, de quo quis suprema voluntate defuncti rogatus est, ut daret vel faceret. *Inst. de sing. reb.*

a) Chiflet *Lib.* 2. *de Jur. Fideic. C.* 6. definit, quod sit figura mortis causa capiendi *L.* 31. *pr. de mort. ca. don.* (Errant enim omnino qui fideicom. quoddam inter vivos agnoscunt) rem precario alicui relictam, quatenus edrogatum judicio defuncti pervenit, jure voluntatis tantum auboiaa. Hujusque descriptionis singula fere verba non inscite explicat.

reb. per fid. rel. in pr. & §. *ultim.* Unde & quod hoc modo relinquitur, dicitur relinqui [2] verbis precariis. *L. choeredi.* §. *cum filiæ. D. de vulg.* Et in eo precaria voluntas testatoris. *L. cum proponebatur.* 64. *L.* 4. *D. de leg.* 2. Nomen ex re, quæ initio fuit. De quo a me etiam ante pluribus dictum est in fideicommissariis hereditatibus, libri superioris Cap. XV. Dictum est igitur fideicommissum, quod res fidei ejus, qui rogatus esset, committeretur. Ac vere initio fideicommissum fuit, ut nomen rei optime conveniret. Sic enim res pendebat ex fide ejus, qui rogabatur, ut præstaret ipse, si vellet: si nollet, nulla esset necessitas præstandi; nulla ei, cui relictum erat, eo nomine actio. *Inst. de her. act. in pr.* Scilicet quia lex duodecim tabularum, quæ est de supremis voluntatibus confirmandis, caverat de legato.

II. Porro constabat ex horum definitionibus, & vi verborum, fideicommissum legatum non esse. Hæc est illa differentia, quæ legitur apud Ulpianum in fragmentis Institutionum *Tit. de legatis*, ut *legatum* sit, quod legis modo, id est imperative relinquitur: *fideicommissum* autem, quod precativo modo. Itaque hoc primum non in verbis tantum, sed in re ipsa discrimen initio fuit inter legatum, & fideicommissum.

III. Tandem inductum temporibus Augusti, ut fideicommissa quoque valerent. Cujus rei historia diligenter relata est *Inst. de fid. her. in pr.* Ac de singulis quoque rebus per fideicommissum relictis actio constituta. *L. pecuniæ.* §. *actionis. D. de verb. sign.* Hinc jure introducto, cœpit intelligi fideicommissa cum multis in rebus differrent a legatis, effectu tamen vim legati obtinere, atque adeo pro legato esse. Inde dictum, & fideicommissum legati appellatione contineri. *L. & fideicommissum.* 87. *D. de legat.* 3. Inde & illud Scævolæ, ut quasi legati verbum generis nomen esset, hujus species fideicommissum, ita hac forma loquendi uteretur, ut diceret, Mævium quid legasse per fideicommissum, dum hoc sentit, eum quid per fideicommissum reliquisse. *L. uxorem.* 41. §. *legaverat. D. de leg.* 3.

IV. Nihilominus tamen post vim illam fideicommissis primo tributam, [3] differentiæ complures inter legata, & fideicommissa manserant, cujus generis multæ relatæ sunt ab Ulpiano in fragmentis Institutionum, *Tit. de legatis, & Tit. de fideicommissis.* Item a Cajo *Lib. II. Inst. sub iisdem titulis.* Sed quæ in libris nostris, id est, in Pandectis, & Institutionibus Justiniani nobis relictæ sint, hæ fere sunt. Prima illa, quæ ad genus actionis de his persequendis pertinet. Nam de legatis non tantum fuit actio in personam legatario tanquam de re debita: sed etiam in rem tanquam de re sua, si quidem res legata fuisset testatoris. *L. cum filius.* 76. §. *variis. D. de leg.* 2. *Cajus Lib.* 2. *Inst. Theophilus.* §. 1. *Inst. de lega.* Fideicommissi autem persecutio fuit in personam; in rem nulla: cum, ut fideicommissum non relinquebatur directo, sed per interpositam personam ejus, qui rogabatur: ita [4] nec dominium fideicommissi recta transiret a testatore in fideicommissarium,

2) Atque hoc est essentiale discrimen, hodie etiam relictum, vid. *infra N.* 2. Non quod legati verba ad honoratum, fideicommissi ad heredem semper dirigantur, ut vulgo sentiunt: Id enim eperta refellit legatum damnationis, & sinendi modo. Et fideicommissi quoque verba quandoque ad honoratum directa *L.* 69. *pr. L.* 75. *pr.* (ubi necessitas nulla movit, Cuj. 2. *Obs.* 3. 4. Fab. 3. *Conj.* 22. Carol. Labbæum in *Obs. Synops. Basil. Lib.* 44. *Tit. de Legatis C.* 70. pro ac si, reponere etsi) *de leg.* 2. *L.* 11. §. 3. & 4. *de leg.* 3. & *simil.* (Quin immo quandoque fideic. petitur, cujus verba nec ad heredem, nec ad fideic. directa, ut in *L.* 37. §. 2. *de leg.* 3. ceu notavit Chiflet. *d. Lib.* 1. *C.* 6.) Sed quod illud directis, hoc precariis verbis constat. Vid Duar. *ad Rub. de leg.* 1. & 2. *Disp.* 9. Turamin. *de Exequut. Legat. C.* 1. *n.* 10. & *C.* 3 *n.* 2. & *seqq.*

3) De quibus videri possunt Zas. *ad L.* 1. *de leg.* 1. Duar. *ibid.* & 2. *Disp.* 9. Chiflet *Li.* 2. *de I. Fideic.* C. 5. Vult. *in pr. I. de fid. her.* Vasq. *Lib.* 2. de *Succ. creat.* §. 17. *Requisito* 28. n. 119. Matth. Gribald. *ad L.* 2. *C. com. de leg.* Matthæus. *Epit. legat. Li.* 1. *C.* 1. *n.* 10. & *seq.* Quas quia plurius, & accuratius persequitur Alex. Turam. *Lib. de Exeq. Leg. C.* 1. & 3. *seqq.* libet brevibus receptas referre. Recenset is differentias 18. 1. Origine Legatis necessitas etiam jure Pontificio (quod 12. tabb antiquius) Cic. 2. *de LL.* Fideicommissa nulla ante Augustum. 2. Etymologia. 3. Definitione. *Hæc d C.* 14. Divisione Legatum nullum Universale sed aut particulare, aut Partitionis, quod Universale, ideo non est, de quo vid. *not. infra* C. 11. *Hæc. C.* 2. 5. Verbis imperativis, & precariis. 6. Legata omnino verba requirunt. Fideicommissa etiam nutu relinqui possunt. 7. Fideicommissa etiam Græce, vid. *N.* 5. 8. Legata ab intestato relinqui non poterant. Item nec ante institutionem heredis §. 34. *I. de leg.* Fideicommissa poterant, Ulp. *tit.* 25. § 8. *Hæc. C.* 3. 9. Legata post mortem heredis relinqui non poterant, vid. *infr. N.* 7. 10. Legatum a legatario relinqui non potest, vid. *N.* 6. 11. Fideicommitti illi potest a patre vel. domino heredis instituti *L.* 11. *de leg.* 1. legari nequit. Ulp. *tit.* 25. §. 10. 12. Latini Juniani fideicommissum capere poterant. Legatum non item, Ulp. *tit.* 25 §. 7. 13. Legari tantum poterant res testatoris (excepto legato damnationis, quod in hoc cum fideicommissis conveniebat.) Fideicommitti etiam de alienis. 14. differentia inter fideicommissum & legatum damnationis. In hoc enim inficiando lis crescebat, §. *ult. I. de Obl. quæ quasi ex contr.* 15. Fideicom. non per formulam petebantur, sed eorum cognitio prætorum, & præsidum, Ulp. *tit.* 25 §. 12. 16. In legato vindicationis possessionem propria auctoritate apprehendere fas erat: Fideicommissa non nisi de manu rogati accipi poterant. 17. Dominium fideicommissi recta non transit, ut in legatis vindicationis, & sinendi modo. 18. ab omnibus prætermissa. Fideicommissa nuda voluntate infirmantur. *L. si jure* 18. *de leg.* 3. etiam præsumpta *L.* 3. §. *ul. de adim. leg.* Legata verbis adimi est. Per Ulp. *tit.* 24. §. 9. *ibi*. dum eodem modo adimatur, quo datum est, quamvis & in eis sit doli exceptio *d. L.* 3. §. *ult.* Hæc *C.* 4. Atque ita Turaminus.

4) Ideoque fideicommissario missione in rem opus erat, Chiflet. *Li.* 1. *de Jure Fideic. C.* 5. quia fideicommissi verba non

Digitized by Google

rium, sed tunc, cum hic a manu rogati relictum accepisset. §. *ult. Instit. de sing. reb. per fid. rel.* Sed & hæc ipsa fideicommissi persecutio extraordinaria fuit, non ut de legato ordinaria. *L. pecuniæ.* §. *actionis. de verb. sig.* Quo verbo significabatur, sic de fideicommisso actionem fuisse, ut is, cujus de ea re jurisdictio esset, de fideicommisso aditus, ipse de caussa cognoscere deberet, non posset autem in ea judicem dare. Sic enim mos erat judiciorum, ut magistratus, apud quem ageretur, pro jurisdictione, & potestate judicem dare posset, qui de re cognosceret, & judicaret. Unde dictum, licentiam judicis dandi esse jurisdictionem, seu jurisdictionis. *L.* 3. *D. de juris.* Quod cum facere magistratui non licebat, dum jubebatur ipse cognoscere: inde dicebatur cognitio ejus, & persecutio in judicium deducta esse extraordinaria, quia instituebatur, & transigeretur præter ordinem, & morem in judiciis & jurisdictione servari solitum. Ut hoc verbi bene exposuit Duarenus *Lib.* 2. *Disputa. C.* 9.

V. Fuit & illa differentia altera generalis, quæ & ipsa alias speciales peperit, quod placebat legata angustius, & restrictius accipi; fideicommissa plenius, & benignius. §. *sed non usq. Inst. de leg.* Quippe ex lege erat legandi potestas. *L. verbis legis. D. de verb. sign.* Fideicommissorum vis more, & benigna interpretatione introducta tanquam in ea re, quæ ex voluntate testatoris magis descenderet, quam ex verbis, aut jure certo, ut significatur in *d.* §. *sed non usq. Inst. de leg.* Consentaneum igitur fuit in legatis auctoritatem legis servari, nihil ut in his valeret, nisi quod verbis, & præscripto legis conveniret. Fideicommissa autem cum a lege non essent, sed benigne recepta, visum est etiam sic debere accipi, ut in his contemneretur subtilitas legis; benignitas autem illa interpretationis per omnia retineretur.

VI. Ex hoc fonte aliæ differentiæ speciales natæ sunt. Hæ autem, ut quidem in libris nostris non obscure occurrunt, numero sunt tres. Prima in eo, quod placuit, legata testamento solum relinqui posse; [5] codicillis non posse. §. *præterea Inst. de fid. her.* Unde supra legatum definitum donatio testamento relicta. Nempe ideo, quia ab initio lege ita ratum fuit, quod suprema voluntate relinquebatur, si relinqueretur testamento: enim codicilli multo post inductum usum testamentorum inventi, & recepti sint, ut traditur *Inst. de cod. in pr.* Codicillis autem semel receptis, non ideo licuit codicillis legatum relinquere; quia constabat, codicillos inventos esse fideicommissorum caussa, non autem infringendæ auctoritatis legis gratia, quæ auctoritas prius servabatur in legatis.

VII. Secunda differentia fuit in ea, quod placebat legata quemadmodum solo testamento relinqui poterant, ita solum ab herede, qui testamento sola recte instituitur, §. *ultim. Inst. de cod.* relinqui posse; cum fideicommissum ab herede, & a legatario, & a fideicommissario recte relinqueretur. *Inst. de sing. reb. per fid. rel.* in prin. & §. 1. Differentiæ ratio ex verbis legis duodecim tabularum, quæ cavet de legatis. Sic enim verba sunt, ut jubeat jus, & ratum esse, quod quis legassit; sed nominatim rei suæ, seu de re pecuniave sua. *d. L. verbis. D. de ver. sig.* Jam vero proprie tum demum quisque de suo legare intelligitur, cum aut recte, quod suum est, confert in aliquem, aut relinquens ab alio relinquit ab herede suo; quia heres eadem persona cum defuncto esse intelligitur. *Novel. de jurej. a mor. præs.* Qui autem a legatario quid legat, is nec legat quod suum sit, sed quod legatarii, ac proinde alienum; nec legat ab eo, qui defuncti personam sustineat, cum legatarii in jus universum non succedant. §. *legatariis, Inst. de testa.* Sed hæc subtilitas verborum est, hæc [6] vero in fideicommissis negligitur. Nec abs re; cum si æquitas spectetur, non solum æquum sit de re nostra nobis statuere licere: sed etiam enim obligare, qui a nobis accipiendo se ei obligationi subjecit. *L.* 1. §. *pen. D. de leg.* 3.

VIII. Tertia differentia hæc fuit, ut legatum post mortem heredis, aut legatarii relinqui non posset, fideicommissum posset. §. *post mortem. Inst. de leg.* Nimirum quia in legato, cujus relinquendi potestas a lege fuit, auctoritas juris, & regula

non sunt apta ad vindicationem. Dicuntur tamen fideicommissa vindicari, sed ratione exceptione, vid. Duar. *ad L.* 1. *de leg.* 1. Vult autem A. Fab. nec post acceptum fideicommiss. dominium Quiritarium acquisitum fuisse, de quo vid. *not. Lib.* 7. *C.* 25. *N.* 4.

5) Et hinc fideicommitti etiam Græcis verbis, aliave lingua potuit *L.* 11. *pr. de leg.* 3. Legari non nisi Latine, Ulp. *tit.* 25. §. 9. Quia Græca verba non sunt directa, seu legitima, quo probat. *L. directas* 14. *C. de testam. man.* ubi favore libertatis habentur pro directis, & quia legata testamento relinquebantur, quod coram civibus nuncupandum. Fideicommissa plerumque codicillis a peregre profectis, ubi expediebat ea lingua uti, qua gens vel civitas illa uteretur, Turamin. *de Excep. Legat. C.* 3. *n.* 8. *&* 9.

6) Ita Don. noster *ad Rub. C. de fideicomm.* n. 5. & Turamin. *d. Lib. C.* 4. n. 6. Hinc multa exempla extant fideicommissi relicti legatario *L.* 5. *L.* 8. *de leg.* 3. *&* *simul.* nullum legati ab eo relicti.

gula servari debuit: cui non item locus est in fideicommissis. Fuit autem hæc regula juris veteris, 7) actiones ab heredibus, aut contra heredes incipere non posse. *L. unica. C. ut act. ab hered. & cont. her. inci.* Ratio diligenter exposita a Theophilo in *d. §. post mortem.*

IX. Sed hæ omnes differentiæ, & si quæ sunt aliæ relatæ ab Ulpiano, & Cajo in fragmentis Institutionum, olim fuerunt. Postea sublatæ sunt a Justiniano, idque effectum *L. 1. & L. 2. C. com. de leg.* quarum sententia refertur *in §. 1. & §. sed non usque, Instit. de leg.* Constitutionum autem hæc summa, 8) per omnia exæquata esse legata fideicommissis, & contra fideicommissa legatis; ut quod amplius fuit in uno genere ex jure vetere, id jam etiam in altero licere, & usurpari posse intelligatur. Quod potissimum cavetur *d. L. 2. com. de leg.* Vis autem hæc est, ut si de actione quærimus, sciamus, iisdem actionibus fideicommissa peti posse, quibus olim legata potuerunt. Cautum *d. L. 1. com. de leg. §. 1. Inst. de leg.* sive quærimus de viribus utriusque relicti, sit hoc juris, ut legata non aliter, quam fideicommissa, & codicillis relinqui possint, & relinqui a legatario, & relinqui post mortem heredis vel legatarii: sublatis nimirum illis differentiis, quæ prius fuissent.

X. Unum genus relicti ex omnibus hic excipio; quod animadverto, quia mutari ex voluntate testatoris non poterat, etiam post superiorem exæquationem veteres differentias duas inter ejus generis legatum & fideicommissum retinuisse. Id genus est 9) libertas testamento data: quæ utrum servo relinqueretur directo, an per fideicommissum, jam olim hoc interfuit, quod qui ex fideicommissi caussa manumitteretur, non testatoris fieri libertus, etiam si testatoris servus esset, sed ejus, qui manumisisset. At is qui directo liber esse jubebatur; ipsius testatoris libertus fieret: qui etiam orcinus appellabatur; quasi *orci*, & nullius libertus. *§. ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* Quod & hodie retineri necesse est. Nam servus manumissus, cujus potest libertus esse, nisi ejus, a quo manumissus est? A quo porro manumittitur, qui directo jubetur esse liber, nisi a testatore? A quo is, cui per fideicommissum libertas relicta est, nisi ab eo, qui ipse rogatus est manumittere?

XI. Atque ex hac differentia etiam alia veteribus nata est, ut si diversæ essent scripturæ de libertate, placeret in directis libertatibus, levissimam scripturam, quæ pro libertate faceret, esse spectandam: in fideicommissariis novissimam; qualis regula servatur in cæteris rebus legatis, *L. quod traditum. 87, & tribus seqq. D. de cond. & dem.*

XII. Quod jus totum quam recte dicamus etiam nunc valere; quam differentiæ rationem & ab aliis relictis, & ipsum inter se habeat; & quam nihil obstent constitutiones Justiniani de legatorum, & fideicommissorum exæquatione, quominus idem nunc quoque retinendum putemus: expo-

7) Ita & Turamin *d. Cap. 4. n. 3.* dicens, fideicommissa eam regulam non obstitisse, quia id erat onus reale impersonaliter conceptum.

8) Rotom. *in §. I. 4.* adæquata esse quantum ad rer. Falcidiam, & jura, seu vim utramque. Non autem ut verbis precativis fiat legatum, & contra. Vasq. *Lib. 2. de Succ. creat. §. 17. n. 19.* inter legata, & fideicommissa hodieque esse plures differentias in creatione, & resolutione (ut loquitur) non vere in viribus. & effectu in. Cluss. *Lib. 2 de I. fideicomm. Cap. 6.* hodie legata a fideicommissis solo verborum sono distingui, sicuti pignus ab hypotheca, quomodo & Peregrin. *de Fideicomm. Artic. 1. n. 53. & seqq.* & vulgor DD. ref Gribaldo *ad d. L. 2. C. comm. de leg.* Sed Turamin. *de Exeq. Legat. Cap. 7.* contendit, unicam intentionem Justiniani fuisse differentias submovere inter verba legitima, seu directa, & obliqua, seu precaria. Quod ea ipsis legis 2. *C. com. de leg.* verbis primis, & extremis liquere ostendit. Non igitur ut in eo adæquari, ut & nutu relinqui possint legata, quia hic non est discrimen inter diversa verba, sed verba, & nutum. Nam Imperator ipse *d. L. 2.* sic exorditur. *Omne verbum, &c. uble.* Respicere itaque exæquationem effectus, non species ipsas legatorum, & fideicommissorum. Legatum, ait Turaminus omne, quod jure antiquo tanquam legatum, effectum habere non potuit, valet jure novo, in vim fideicommissi, non est tamen fideicommissum quod probant verba *d. L. 2. inhærere intelli untur, & intelligatur esse legatum, &c.* Non natura utriusque confunditur. Æquale enim est ex generibus relatorum, nec quidquam sibi, sed alteri æquale est. Facit inscriptio *Tit. C. communia de leg. & fideicomm.* Quoties igitur legatum jure legati valere nequit, ita fideicommisso exæquatur, ut nulla maneat differentia, & sic accipe. *§. ult. I. de Obl. quæ q. ex contr.* Cum autem utrumque per se valere potest, omnes differentiæ manent, quia cessat tunc ratio exæquationis finalis: Ut morientibus prospiciatur. Hæc summa est sententia Turamini, quæ tua a vero, nec a verbis *d. L. 2.* dissona videtur. Convenit fere ante Turamin. Gribal. *ad d. L. 2. C. comm. de leg.* substantiales differentias ea lege non sublatas, nec utriusque essentiam naturam confusam pluribus rationibus firmans.

9) Male igitur, Coras. 5. *Misc. 17.* Justin. hic facit tamquod aliis illi non insuetum, ut eorum se auctorem scribat, quæ a veteribus etiam tradita, sed sparse, ac imperfecte, quæ ipse in unum coegit. Nec melius Robert. 2. *Sent.* 23. afflicta ipso nec jure Pandect. dissidere legata a fideicommissis. Et tempore Ulp. exæquata ita esse, ut quod amplius antiquo jure fideicommissis inerat, omne etiam legatis communicaretur. Cumque antea non aliter, quam certis formulis legata relinquerentur, fideicom. autem etiam nutu, id ad legata exterum fuisse ante Justin. (quod falsissimum est, & ex Ulpian. fragmentis tam refellitur) Justin. autem contra etiam fideicommissa legatis exæquasse. Exæquata fuisse, tempore Ulp. d. L. 2. non ut nulla re amplius diversa essent. Sic enim utrumque esset exprimendum (Legata fideicommissis, & fideicommissa legatis esse exæquata) sed quod infirmior legatorum vis, id a fideicommissis ipsis accommodatum. Exæquari namque esse ad id auctoritatis pervenire, æque potentem fieri, non omnino similem. Ita Rob. quam 18. differentias ex Turamino *sup. N. 3.* relatas abunde confutant. Ac leve est, quod dicit, tempore Ulp. legata fideicommissis exæquata fuisse, non contra, in quo Bart. auctorem habet. Nam, ut recte Duar. *ad L. 1. de leg.* 1. non potest res æqualis esse alteri, quin sint æquales inter se.

Digitized by Google

exposui infra capite quarto in extremo, in ea quæstione, in qua quæritur, duabus scripturis diversis de re quaque propositis, utram sequamur. In qua discrimen inter libertates directas, & fideicommissarias in hoc genere traditum maxime hoc exigebat, ut videremus, maneretne etiam nunc hodie; & si manet, qui fiat, ut non videatur constitutionibus Justiniani de exæquatis per omnia legatis, & fideicommissis, esse contrarium. Ab hoc genere, atque his differentiis si discesserimus, [10] nullas differentias excipiemus inter legata, & fideicommissa, quæ sublatæ non sint superioribus constitutionibus.

XIII. Quid tamen dicemus, si hæ differentiæ multo ante tempora [11] Justiniani sublatæ sunt, quas tamen ipse se sustulisse profitetur? Et vero ita esse videtur. Nam quod ipse scribit in §. *sed non usque. Inst. de leg.* omnia se legata fideicommissis exæquasse, ut nulla sit inter ea differentia ex *L.* 1. *C. com. de leg.* hoc idem totidem verbis definitur *in L.* 1. *D. de leg.* 1. nempe his: *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis*; tribuiturque definitio Ulpiano in Pandectis Florentinis, ut & in aliis exemplaribus. Sed apparet, definitionem sumptam esse ex constitutione Justiniani. Quod similitudo verborum satis arguit. Ulpiani certe non fuit, cujus temporibus illas differentias valuisse, quas supra retuli, & plures ipse optimus testis est in fragmentis Institutionum sub titulis de legatis, & de fideicommissis. Nec nos moverit inscriptio vulgaris in hæc verba, Ulpianus libro sexagesimo septimo ad edictum. Nihil enim verius, quam quod de hoc loco scripsit ex professo Duarenus *Lib. II. Disputa. C. IX.* aut sequendam hic aliorum exemplarium auctoritatem, quorum in quibusdam illa *lex prima*, *de leg.* 1. sine ulla inscriptione legitur, ut [12] in Noricis: in quibusdam inscriptio est [13]imperator, ut in Codice quodam Bituricensi. Aut si tanti est auctoritas Pandectarum Florentinarum, ut inscriptio retineat Ulpiani nomen: faten-

10) Vigl. *in* §. 11. *I. de instam.* n. 3. inscriptionem in Heloandrin. Pand. deesse & *d. L.* 1. compilatoris adscriptam, in quo consentit Matth. Gub. *ad d. L.* 1. *de leg.* 1. Sal Roh. 2. *Sent.* 23. minime Triboniano concessum fuisse, ut addere, & detrahere ICtorum Responsis, ita integram constitutionem semper illis interserere. adde Turen. ut n. 14.

11) Legitur ea ita in manuscripto, sed rinov scribit Cul. 8 *Obs.* 4. intelligens *d. L.* 1. quoad quartæ deductionem, ut idem sit in Falcidia quod in Trebelliania (quod falsum est, alibique refelletur, & imo Pegasian. SC. non pertinet ad fideicommissa singularia, quæ sola legatis exæquata, non universalia, ut recte Duar. *ad d. L.* 1 & *Zas. ib. n.* 23.) & quoad interdictum quod legatorum, in quo ei consentit Pac. 6. *Q.* 2. & Rec. *ut N seq.*

12) Hot. *in* § 5 *I. h. t.* Ulp. *pena vel propemodum*, vel tale quidpiam addidisse, quod Tribon. omiserit. Baro *Ibid.* & Ant. Aug. 3 *Emend* 9. *pag.* 167. exceptiones ab Ulp. adscriptas compositores detraxisse, quod placet Balduino in *d.* §. 2. n. 14. & Fabrin. 5 *Contr.* 30. Et Tribon. potestatem suam addendi ac detrahendi hic usurpasse, Jocean. 1. *Var. Lect.* 19. Turamin. *de Exeq. leg. C.* 6. *n.* 7. *&* *n.* 12. Trib. adjecisse verba, *per omnia.* Minime autem totam L. falso adscribi Ulpiano, ut vult Duar. Ista enim potestas non data: & cur Ulpiano magis tribuerunt, quam Paulo, Cajo, aliive; cur liber assignaretur? Alb Gent. 1. *Lect.* 17. Proprie, inquit, diversorum est exæquatio. Et possunt omisisse compositores, si quæ ad juris enucleati consonantiam non faciebant. Alia vero est exæquatio Justiniani. Ulp. facit parem, Justin. eadem. Et nova, Marc. Lyclama *Lib.* 4. *Membr. ecloga* 2. diversam esse exæquationem, quæ similitudo tantum repræsentatur, & omnis differentiæ sublationem, quæ a Justiniano. Quod non ita est, per dicta *supr. N.* 8. Revar 3. *Var.* 4. (ut & Cujac. ut *N. praecd* & Vult. *in* §. 3. *I. de rer. n.* 2.) d. L. 1. ad Interdict. Quod legatorum, de quo & Interd. Quorum bonorum Ulp. *Lib.* 67. *ad Edictum* egit, ut sit sensus perinde fideicommissa occupantem teneri eo interdicto, ac si legata occupasset. Quod displicet Alb Gent. 1. *Lect.* 13. *&* 17 & Chilatio *Lib.* 2. *de I. Fideic. Cap.* 6. putanti, occasione quidem illius Interdicti regulam generalem concepisse Ulpian. non tamen eam ad solius Interdicti causam pertinere, sed in plerisque partibus exæquatio Ulp. tempore recepta, eum generali hac formula, *per omnia*, regulam concepisse, quæ etsi nonnullas tum pateretur restrictiones, non ideo tamen vitiosa. Sic enim in *L.* 1. *Sol. matr.* verba, *semper*, *&* *ubique*, non excludunt quosdam casus, quibus dotis causa non est præcipua. Et hoc tandem quoque recurrit Alb. Gent *d. C.* 17. post Zas. *in d. L.* 1. *n.* 11. scribentem in Logicis per instantiam unam everti universalem propositionem. In moralibus autem, & accidentalibus, qui sunt actus hominum, Universalem propositionem manere, etsi non in omnibus verificetur.

13) Sed immo ad libertatum dationes plane non pertinet *d L.* 2 ut dici non debent, in illis exceptionem ponendam esse. Recte enim Vacon. 4. *Declar.* 53. n. 1. ac Goveau. *ad L.* 16. *de Vulg.* n. 1. dationem directæ libertatis, non esse legatum. Quod licet displiceat Duareno *ad L.* 1. *de leg.* 2. A. Gent. 1. *Le l.* 17 & Matthæac. *Epit. legat. Lib.* 1. *C.* 1. *n* 21. *& seqq* quia & libertas, seu putant illi, legari dicatur *L.* 6. §. *ultim. de hered. instit* firmissime tamen adstruitur, a Turamino *Epist. eamdem.* 2. *&* *lib. sing. de Exequ. leg. Cap.* 6. Rationes hæ 1. quia non est donatio, sed manumissio. 2. Nunquam præstatur ab herede, sed mortuo testatore servus is statim liber fit. 3. Legatum vel est res testatoris propria, vel aliena. Libertas autem, quæ datur nec in bonis testatoris, nec alterius. Dominus servi quidem is est, sed non libertatis; ac manumittendo non transfert libertatem, sed removet obicem servitutis. 4. Tit. in D. inscribitur non de libertate legata, sed de manumissis testamento, itaque sejunctus a materia legatorum 5. Libertas fideicommissaria ubique opponitur, & distinguitur a directa, non a legatario. 6 *In leg.* 120. *de Verb. Sing.* aperte datio legatorum, & libertatis sejunguntur. 7. Ad hoc est *lex. in L.* 94. §. *ultim. de leg.* 1. 8. Item in *leg.* 39. *de man. testament.* in verbis: Inter libertatem, & legatum, *quantum ad hanc causam*, nihil distat. 8. Facit *L.* 80. *de V. S* in verbis, *ex mente continentur*, alioqui non esset id ex mente, sed verborum vi 9. *d. L.* §. 6. *ult. de her. inst.* non infirmat, sed confirmat hanc sententiam, quia servus heres institutus libertatem a seipso accipit, *d. L* 6. §. *ul.* Jam vero haredi a se ipso legari nequit *L.* 116. §. 1. *de leg.* 1. Verborum autem extremorum, *non sicuti legari*, *&c.* hic est sensus. Ut non posset, si legatum esset, a se ipso id accipere, ita nec a se ipso adimi. (Recte.) Nam si verbum *legari* in d. § *ult.* refert ad libertatem, pugnantia erit in illo textu, quod miror, Duarenum non animadvertere. Sensus enim erit: Legari, id est libertatem relinqui sibi a se nequit. Atqui proxime lineq dicebat IC. servum libertatem a se ipso accipere. Quare ducitur ibi argumentum a legato ad libertatis dationem. Obi. *L. ult. C. de Comm. serv. man.* Resp. Ibi non tam libertas legata, quæ per partes acquiri nequit, quam pars dominica. Hæc Turaminus aut non possum non assentiri, cum quæ contra affert Matthæacus *supr. d. loc.* levia sint, & auctore indigna.

fatendum esse, locum esse [14] interpolatum e Triboniano, ut cum forte reparisset scriptum apud Ulpianum, fideicommissa legati vicem obtinere, aut fideicommissa comparari legetis, voluerit quidem retinare hanc senteutiam, quæ per se vera erat: sed cum non setis hæc esset ad exprimendam legatorum, & fideicommissorum similitudinem, quæ novis Justiniani constitutionibus inducta esset, adjecerit id quod jam tum in jure erat, ut constitutionibus Justiniani serviret. Atque ita sententiam reposuerit, *Per omnia legata exæquata sunt fideicommissis.* Et vero res ita habet, ut si hæc sententie Ulpiani esse non potuit, ut non potuisse satis ostendi, necessario relinquetur, id e Triboniano factum esse, quod ente dixi. Nec quisquam hoc requirat, an Tribonianus hoc fecere potuerit in alienis scriptis jurisconsultorum sina crimine falsi. Sane enim potuit, fecta ei e Justiniano potestate immutandi ea, quæ contreria ejus constitutionibus viderentur, & tamen relinquendi veterum inscriptiones, quasi ab euctoribus ipsis ab initio ita scriptum esset id, quod postea mutatum est. *L. 2. §. tanta C. de vet. jur. enuc.* Nec semel Tribonianum in libris nostris ita interpolasse veterum scripta a bonis, & diligentibus harum rerum æstimatoribus observatum est. Certe cuivis vel mediocriter in veterum scriptis versato id ex stilo animadvertere prumptum est factum esse in *L. si cum dotem. §. sin autem tantus. & §. seq. D. sol. mat.*

XIV. Sed cuicumque sententiam illem superiorem adscribere placebit, semper manebit illud, saltem post constitutiones superiores Justiniani ita exæquata esse inter se legata, & fideicommissa, ut vi, & potestate relicti nihil inter se differant. Atque huc jam res redierit, ut legati verbum quodammodo generis nomen sit, quo relictum omne supremæ voluntetis significetur: cujus duæ sint species, legatum proprie ita dictum, & fideicommissum. Sed species quæ formula verborum differant dum legari dicitur, quod pro imperio relinquitur; fideicommissum, quod rogetu, & precibus interpositis. Cæterum cum de viribus utrinsque quæritur, spacies ex sint, quarum vis, & potestas sit eadem. Quæ cum ita sint, ne bie nobis suscipiatur de his separatim dicendi supervacuus lehor, de utroque in commune ita dicemus, et quod de uno genere dictum arit, simul de altero dictum intelligatur.

XV. Postquam ergo quid sit legatum, & fideicommissum, tenemus: deincepa de jure, quod est de hac parte, cognoscendum est. Jus id in summe, quod comprehensum est illis verbis legis duodecim tabularum, ut quod quisque legaverit da re sua, id ita jus, ratumve sit. *L. verbis legis. D. de verb. sign.* Ex hoc jure uobis deinceps reliqua tractatio nascitur. Cum enim lex, quod quisque legaverit, ratum esse jubet, nempe hoc postulat, ut quæratur, quibus rebus id ita ratum fiat, ut hæc ax lege serventur; & in his, quæ ed eem rem valent, nihilne sit, quod excipiatur in omnibus relicti pertibus. Hoc ergo agamus, ut sint nobis ista exposita. De quibus si constabit, ut in his legis sententia, & explicetio versatur, ita quid de hac perte ax jure tenendum sit, habebimus. Ac de utroque sic habeatur.

XVI. Ut ratum sit sine exceptione, quod quis legaverit, duabus his in rebus positum est. Primum, ut recte quæratur legatario. Tum, eo quæsito, ut quantum in eo legato est, tantum ei tenere liceat idoneis, & jure in eam rem comparatis rationibus.

XVII. Ita omnis de hac parte summa quæstio duplex est. Una de legati acquisitione; altera de jure retinendi, persequendive legati prius recte quæsiti.

XVIII. Acquirendi legati ratio eadem, quæ & cæterorum rerum, quæ testamento deferuntur. Constat enim & ipsa his duabus rebus: ut ente omnia [15] delatum sit jure sive legatum, sive fideicommissum; & ut delatum recte sit susceptum.

XIX. Sed & delatio legati iisdem rebus continetur: ab initio quidem, ut sit relictum aliquid e defuncto, quod pro legato esse velit; tum ut relictum jure, quo scilicet legatum valeat, alioqui inutile, eoque & nullum futurum. Post autem ut quod recte cœpit, ed extremum perseveret, nec sit infirmatum. Quorum primum voluntatis quæstionem habet; secundum potestatis, quæ cuique in hac re jure tributa sit; tertium mistum ex utroque.

XX.

14) Vid. tamen *supr. not. N. 8.* Zas in *L. 1. de leg.* 1. n. 10. supereese hanc differentiam, quod dominium fideicommissi non æque recta transeat in fideicommissarium, ut in legatarium legati: idque propter impedimentum naturæ, seu naturalis conditionis, ne plures ejusdem rei eodem tempore sint domini. Sed imom hanc differentiam sublatam esse ex *d. L. 1. C. Comm. de leg.* ubi æque de fideicommissis statim datur in rem actio.

15) Inter delatum, & acquisitum legatum multum interest. Ipso jure defertur adita hereditate, acquiritur agnitione, licet ea retrotrahatur ad diem aditionis. Delatum legatum repudiari potest, non acquisitum. Atque hinc conciliandа. *L. 7. de leg.* 1. cum *L. 34. §. 2. de leg.* 2. Cujac. 3. Obs. 11. Pac. 6. Q. 4. Hotom. *ad L. 1. C. de remiss. pign.*

XX. Ac de susceptione legati dicetur postea suo ordine.

XXI. Nunc eam partem, quæ de delatione est, uti prima est, prius exsequamur. In qua de superioribus membris quo ordine a me proposita sunt, eodem dicemus, quem & naturæ convenientem possumus observare. De legato enim ipso non de potestate legandi quærentibus, primum est natura, ut statuatur, an sit res, de qua quæritur; proximum, si est, videre, qualis sit, jurene, an secus constituta. Dixi quidem aliquoties supra, sive de heredibus recte instituendis, sive de hereditate per fideicommissum recte relinquenda ageretur, initium faciendum esse a potestate testatoris, id est ab eo, quod ei jure in ea re liceret; post deinde de voluntate ejus quærendum: ne frustra velle instituat, quod illi non conceditur. Sed hoc tunc vere dicitur, cum agitur de testatore ipso, præcipiturque, quid eum in testamento, & supremâ voluntate recte ordinanda, testandaque facere oporteat. In hac enim deliberatione prius est omnino, ut norit, quid sit illud, quod potest in eo, quod instituit; ut sic deinde quod se posse cognovit, ad rem conferat, & velit. Ac si de legato ipso agatur, & propter legatum de legatario, ut nunc nobis sermo hic institutus est: invertitur omnino hic ordo legatario; cui necesse est prius quæri, an sit aliquid legatum, de quo aliquid sperare debeat; tum deinde videre, an sit utiliter relictum, quo ad id perveniat: ut scilicet prius de re, quam de jure, & qualitate rei quæratur. Et certe de jure legati quærenti, cui non probetur prius quid legatum esse, semper recte objicietur, stulte eum facere, qui quærat de jure ejus rei, quæ non est. Ut appareat, semper eum ad prius illud, an quid legatum sit, necessario revocari.

CAP. III.

Quibus tum ex verbis, tum rebus legatum, aut fideicommissum quid esse deprehendatur.

1. AN quid legatum, fideivecommissum sit, sic facile, & sine errore cognoscemus. Dicimus legatum esse donationem a defuncto relictam, seu quod quis post mortem suam cui collatum velit. Neque vero an quisquam id fecerit, aliter intelligi potest, quam si quo indicio apto id se velle ostenderit. Licet igitur ita recte defi-

definiamos, an legatum quid sit, aut fideicommissum, intelligi ex verbis defuncti, quibus usus sit ad legandum vel fideicommittendum idoneis, aut pro verbis ea demonstratione, quæ verborum vice fungatur, dum horum utrique voluntas non refragetur.

II. Verba legati, seu legatum exprimentia quæ sint, vetera genera legatorum, & singulis propria verba attributa docebunt: ut quamvis genera ipsa, seu differentiæ generum a Justiniano sublatæ sint, *L. 1. C. com. de leg.* §. 1. *Inst. de leg.* tamen ex his etiam nunc hunc fructum percipiamus, ut norimus, quibus verbis quid legetur, quibus iisdem positis legatum quid esse dubitare non possimus.

III. Ea genera [1] quatuor fuerunt, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem. §. 1. *Inst. de leg.* Verba singulorum propria hæc fuisse docet Ulpianus in fragmentis Institutionum, *Tit. de leg.*

IV. Per vindicationem, inquit, his verbis legamus, *Do, lego, capito, sumito, tibi habeto.* Significans hujus generis verba esse, cum testator aut ipse se alicui dare dicit, aut verbis ad legatarium directis, ipsum pro potestate capere relictum jubet.

V. Per damnationem his verbis: *Heres meus damnas esto dare, dato, facito, heredem meum dare jubeo.* Ubi rursum significat, hujus generis verba esse, cum verbis ad heredem directis non rogat, aut petit ab eo, ut det, sed imperantis modo jubet eum dare. Quod imperare heredi etiam heredem damnare est. Est enim damnum deminutio rei familiaris. *L. 3. D. de dam. inf.* Unde damnare aliquem est imponere quid alicui, quod ad deminutionem rei familiaris ejus pertineat.

VI. Sinendi modo ita: *Heres meus damnas esto, sinere Lucium Titium sumere illam*

1) Vid. Turamin. *de Exeq. Legat. C.* 2 n. 2. & 11. *seqq.* qui n. 4. quintum genus addit, ex Theoph. *in* §. *sed quia* 5. *I de fideic. hered.* videlicet Legatum Partitionis, de quo vid. *inf. Cap.* 11. *N.* 18. & *ibi not.* A. Fab. 6 *Conject.* 1. vere fuisse duo genera. Per vindicationem, & damnationem. Ille enim sinendi modo, & per præceptionem priorum generum species, & differentias. Præceptionis enim legatum, inquit, vindicationis verbis concipi solebat, nec differebat, nisi quod sic tantum uni ex heredibus legaretur. Sinendi modo eandem formulam habebat, quam Legatum per damnationem, nisi quod verbum sinendi adjiceretur, cujusvis ee. ut sic tantum legari possent res testatoris (& quidem quæ utroque tempore mortis, & testamenti illius ex jure Quiritium, Ulp. *tit.* 24. §. 7. exceptis rebus fungibilibus, quæ mortis tempore in dominio esse satis erat. Cujus rei scitam rationem reddit, Gotl. *ad L.* 88. *de V. S.* n. 4.) & heredis, non autem res aliena; quam tamen, si hoc verbum non adjectum, heres præstare, vel ejus æstimationem solvere debuisset. Differentiæ vero hæ erant: 1. Per vindicationem tantum relinqui poterant res testatoris, quæ in rerum natura. Verba namque illius legati neque in alienam rem, neque in non existentem cadunt. Per damnationem autem omnes, etiam, quæ sperarentur. Neque enim sic jus tribuitur in rem, sed tantum obligatur heres, ad quem verba directa sunt. 2. Per vindicationem legata statim ipso jure fiebant legatarii, & propria auctoritate occupare fas erat: Quia fieret contra voluntatem testantis, si per manus heredis deberet accipere. Neque sic nuda voluntas, contra regulam juris, transfert dominium, sed lege confirmata. Et hoc est, quod Cajus dicit 2. *Inst.* 5. §. e. hoc legatum legatarium, *non exspectata herede*, sibi præsumere: non quasi sine aditione heredis caleat id legatum, sed quod, si quando contingat heredem adire, legati vindicatio, quam antea fecerit legatarius, periode valeat. Per damnationem relicta per manus heredis capiebat, nec actione in rem, sed ex testamento. 3. Si eadem res pluribus relicta esset: In legato per vindicationem, *si disjunctim*, solidum debebatur. Sic enim cuique testator dominium tribuebat in solidum. Quia autem fieri nequibat, ut sic acquireretur, interpretatio fiebat ita, ut ns ab initio semisses dedisse videretur. Atque sic conciliandi loci, Ulp. *tit.* 24. §. 12. singulis, *in solidum debentur*, legata, ex verbis scilicet testatoris, ejusque judicio, & Caji 2. *Inst.* 5. §. 2. singuli, *æquales*, capient *portiones*. Non dicit debentur, sed *capient*, quo significatur effectus, quem sortiri voluntas testantis potest. Partes has non a testatore, sed a jure factæ ex necessitate, quia videlicet fieri nequit, ut pluribus eadem res acquiratur tota. *Sin conjunctim*, concursu partes fiebant. Dici enim non potest partes ab initio habere, quibus solidum legatum. Ex singulorum ratione voluntas effectum sortiri potest, quo usque alter concurrat. Nec interpretandum legatum, ac si legatariis semisses legati essent. Erant autem, qui & priori casu partes concursu fieri rentur. Nam si disjunctim, partes fiunt ab initio juris potestate. Lex enim testatoris voluntatem adjuvat, & partes facit, ut legatum valere queat (sed de his quando partes concursu fiant, alibi.) In legatis per damnationem si conjunctim res relictæ, solidum debebatur; sin disjunctim, nullus concursus, sed uni res, alteri æstimatio præstanda erat. 4. Si generaliter res relictæ per vindicationem electio legatario, utram petere, sin per damnationem heredi utram præstare mallet, vid. not. *infr. C.* 19. Atque hæ differentiæ non ex nuda verborum subtilitate erant, sed ex voluntate defuncti ex vi verborum collecta. Id nempe velle quisque creditur, quod verbis exprimit. Atque hæc ex summa sententia Fabri *d. C.* 1. In qua equidem illud probare mihi religio est, quod contra perspicua Imp. §. 2. *I. h. t.* & Ulp. *tit.* 24. §. 2. verba, quatuor genera fuisse legatorum negat. Imo *sinendi modo*, & per *præceptionem*, separata fuerunt genera, a prioribus diversa. Nam, ut recte Donellus noster *sinendi modo* ex utroque quasi mixtum. Neutrius igitur species, quomodo mulus non est species equi, nec asini, quia de utriusque natura participat, sed separatam per se speciem animalis constituit. Modi enim illius formula erat propria per verbum *sinendi*, quod eum a modo per *damnationem* secernebat. Et vis, ac jus partim commune legato *damnationis*, quod æque per manus heredis numeretur, partim legato *vindicationis*, quod eadem res, nec alias, eo relinqui liceret, licet illæ per damnationem legari possent. Sit hæc argumentatio. Attributum generis est etiam cujusvis speciei. Si itaque legatum *damnationis* genus est, ejus species, *Sinendi modo*, quicquid de illo, idem de hoc prædicari poterit. De illo vero habetur, quod omnes res eo modo relinqui aptæ sint, Ulp. *tit.* 24. §. 8. Id autem de hoc negat ipse Faber. Ergo *Præceptionis* quoque legatum propriam habet naturam, quod rebus quidem, quæ eo relinqui possunt, convenit cum legato vindicationis, Ulp. *tit.* 24. §. 11. minime vero, ceu Fabro videtur, formula, quæ illi peculiaris in verbo, *præcipito*, cujus compositi alia vis est, quam simplicis *capito*. Et per alia utique verba *do*, *lego*, fieri non poterat; licet forte & per ea, quæ ejusdem efficaciæ *præsumito tibi*, *præcipuum habeto*. Neque in eo solo, præceptionis legatum consistebat, quod sic uni ex heredibus legaretur. Quid enim si testator uni heredum ab altero coherede legaverit sic: *Titius heres meus Cajo coheredi dato* 100. Certe hoc præceptionem, vel prælegatum dici non posse clarum est, &c. Quin imo etsi formula vindicationis legaverit testator heredi do, lego 100. &c. tamen non erat prælegatum, seu præceptio per not. *infr. Cap.* 7. *N.* 3. Reliqua fere non displicent, eaque nunc expendere non libet. Nam nec, per tempus, vacat, nec, per institutum, licet.

illam rem, sibique habere. Ex quo apparet, mistum hoc genus esse ex utroque illo superiore.

VII. Per præceptionem sic: *Lucius Titius illam rem præcipito*. Huic generi locus fuit in heredibus, cum, pluribus heredibus institutis, uni ex his quid legabatur, ut Cajus docet in *Inst. tit. de lega. sub finem*, idque & *præceptionis* nomen satis indicat. Dictum est enim hoc genus præceptio *L. 3. §. pen. D. ad Treb.* Quia scilicet in divisione hereditatis heres, cui legatum quid erat, id præcipiebat, idest, capiebat præ aliis, ut sic ex hereditate præcipuum haberet: ut loquitur Cajus in eo *Tit. de leg.* Hoc idem & a nostris dicitur prælegatum. *L. cum pater. 77. §. evictis. D. de leg. 2. L. Paula. 27. §. 1. L. uxorem. 41. §. felicissimo. D. de legat.* 3.

VIII. Cum ergo hæc verba legatorum fuerint, si quis his utatur, aut aliis idem significantibus, statim legatum agnoscas.

IX. Fideicommissi, quoque verba similiter fideicommissum indicabunt.

X. Sunt autem hujusmodi omnia, quibus petit testator ab aliquo, ut det, vel faciat: cujusmodi hæc sunt: *Peto*, *rogo*, *volo*, *mando*, *fidei tuæ committo*, qualia commemorantur, dicunturque maxime in usu haberi in §. *ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* indicantur & *L. 2. C. com. de leg.* quibus finitima sunt illa, *cupio*, *opto*, *exigo*, *desidero* heres, ut des: item *credo*, *te daturum. L. etiam.* 115. *L. & eo modo.* 118. *D. de leg.* 1.

XI. Et hactenus legatorum, & fideicommissorum verba sunt. Sed in his non consistimus. Sane quidem, olim cum genera legatorum ex verbis cujusque generis propriis æstimarentur, apparet, si quis uno aliquo horum verborum usus non esset, legatum non fuisse, quodcumque aliud indicium foret voluntatis defuncti volentis, quid alicui collatum esse. At non ita fideicommissa fuerunt. Quia enim, ut supra dixi, [a] libera essent, & nulli solemnibus verbis adstricta: ideo placebat, in his non verba, sed solum voluntatem spectari, & valere. *L. pen. de leg.* 1. *L. cum proponebatur.* 64. *de leg.* 2. *L. fideicommissa.* 11. §. *item. si quis*, *de leg.* 3. Ea res fecit, ut quamvis hic deessent legati, aut fideicommissi verba: si tamen esset aliqua alia demonstratio in verbis, aut facto testatoris, ex qua intelligeretur, voluisse eum, aut optasse, ut quid cui daretur, fieret, ibi omnis etiam [b] conjectura voluntatis admitteretur, & demonstratio quævis pro fideicommisso valeret. *d. L. cum proponebatur.* 64. *de legat.* 2. Et quoniam legata exæquata sunt fideicommissis: intelligimus, quod hic de fideicommisso diximus, idem & de legato dictum accipi debere, ut relictum sicut pro fideicommisso, ita & pro legato valeat.

XII. Ea demonstratio quam dixi, partim in verbis est testatoris, partim in nutu.

XIII. Verba testatoris prope innumera, quæ cum fideicommissum, seu relictum non exprimant, tamen conjectura voluntatis.

a) Vid. Govean. 2. *Var. Lect.* 18. Ang. Matthæus. *Epit. Leg. Lib.* 1. *C.* 3. *n.* 4. *& seq.* Chiflet. *Lib.* 1. *de I. Fideicom. C.* 6. Vaud. 1. *Q.* 25. Cujac. *Consult.* 37. *&* 51. Simon. de Prat *Lib.* 3 *Interp. ult. vol. Interp.* 3. *Dub.* 1. *Sol.* 12. Non placere potest quod A. Fab. contendit 14. *Conje l.* 2. certa, & solemnia verba olim fuisse fideicommissorum per §. *ult. I. de sing. reb. per. fid.* Paul 4. *Sent* 1. §. *fideicommittere* 6. Nam Resp. imo ibi tantum indicatur, qua verba in fideicommissis frequentiora sint. Sic & Ulpian. *tit.* 25. §. 2. Verba fideicommissi in usu fere sunt hæc. Nihil hic de necessitate. Si illa verba non aderant, inquit Faber, non poterat ex sola voluntatis conjectura induci fideicommissum per *L.* 38. §. *penult. L.* 68. §. 1. *de leg.* 3. nec favore quidem libertatis *L.* 41. §. 6. *D. L.* 12. *C. de fid. lib.* excepto casu valde singulari *L.* 39. §. 1. *D. de fid. lib.* Ibid. *&* 26. *de Err. Pragm.* 3. nunquam fideicommissa induci ex conjecturis, cum verba omnino deficiunt, nisi adsint ipsorum Imperatorum rescripta, quæ tamen omnia suis finibus coercenda sint. Prudentum nunquam fuisse eam auctoritatem. Nec quidquam exitiosius esse ea opinione DD. (ex solis conjecturis fideicommissa indu i) ex qua lites infinitæ oriantur. De quo & passim idem *il De. cade* 26. *Error. seqq.* At hoc est, ut verba sunt Matthæi. *Lib.* 1. *Epit. Legat. C.* 3. *n.* 4. principia juris destruere. Et sane Faber per regulam toties in libris nostris repetitam, in fideicommissis solam voluntatem spectari, & per exempla hic a nostro adducta, aliaque, de quib. *N. seq.* & ex Ulp. *tit.* 25. *in pr.* & imprimis ex *L.* 39. §. 1. *de leg.* 3. & ex eo, quod nutu relinqui possunt fideicommissa satis confutatur. Ad *L.* 38. §. *pen. de leg.* 3. Resp. vulgo non esse ibi fideicommissum ex verbis, sed ex mente. Male. Nam immo de sola mente hic quæritur, quæcumque sint verba. Govean. 2. *Var. Lect.* 18. Ideo ibi non esse fideicommissum, quia non soli fidei innititur. Recte Chiflet. *Lib.* 2. *de I. Fideic. C. ult. sub fi.* Resp. ibi testatorem verbis illis, *deque ea re sibi invicem caverent*, egressum notissimos fideicommissi terminos, quasi non contentus, alio vinculo heredes adstringere voluit. Quare debentur ibi prædia alienari prohibita successoribus, sed tanquam ex stipulatione, non ex fideicommisso. Parit *L.* 41. §. 7. *de leg.* 3. Ad *L.* 68. §. *de leg.* 3. facilis Resp. videlicet & ex verbis iis, non certo colligi mentem fideicommittere voluntis. Nam perinde ut consilium a mandato distat: ita & &c. Et maxime ideo fideicommissum peti non potest, quia nulla res, aut summa certe dicta, quæ relicta censeri posset. Indefinite enim dixit, fiet ut filius meus filios *vestros consolet*, non expresso, quare, aut qua pecunia. Ad *L.* 41. §. 6. *D. L.* 12. *C. de fideic. lib.* Resp. non est opus. Ita enim clarum est, ex verbis illarum fideicommissa ibi nulla proponi, non ex verborum solemnium, sed voluntatis defectu, ut obloquens solem adversum intueri velle videatur. Hic casus singularis est in *L.* 39. §. 1. *D. eod.* sed decisio fundatur in plena, & [illegible] voluntate, quæ, licet fideicommissi nitata verba non adsint, apparet ex verbis *crede mihi*, quibus plane certum reddere voluit a [illegible] testator.

b) Quæ utilia, vel intellecta fideicommissa vocat Chiflet. *Lib.* 2. *de I. Fideic. Cap.* 18. & 20. tacita Matthæus. *Epit. Leg. Lib.* 1. *C.* 3. ubi præter exempla Boneth refert *L.* 8. §. 7. *de pecul leg. L.* 15. *C. de fideic. L.* 76. §. 5. *L. ult.* §. 3. *de leg.* 2. Sane & alia exempla passim obvia sunt. Dicebantur & tacita fideicommissa quæ in fraudem L. Juliæ, & Papiæ relicta incapacibus, de quo vid. Gothof. in *L.* 229. *de V. S.*

tatis inde ducta habeantur pro fideicommisso. Sed ex ea incertitudine exemplorum, quæ in hoc genere sub titulis de legatis proponuntur, res ad certa genera revocari potest, ex quibus de universa hac conjectura voluntatis facile judicetur. Quæ verba cum fideicommissi non sint, aut sint fideicommissi inutilis, si verba tantum spectentur, tamen pro fideicommisso habeantur, seu fideicommissum conjectura voluntatis indueant, eorum quinque genera esse animadverto.

XIV. Primum genus est, cum testator heredem rogat, ut faciat, quod per se rogetur inutiliter: petitio tamen ejusmodi est, ut si valeret; deberet heres aliquid restituere. Nempe hic quod verbis inutile est, omittemus, quod ex effectu apparet esse de sententia testatoris, id sequemur. Hujus generis exemplum hoc est: Rogo te heres, ut Titium cognatum meum heredem facias. Qua in specie ita scribit Marcianus: ut quis heredem instituat aliquem, rogari non potest. Verumtamen senatus censuit, perinde habendum, atque si rogasset hereditatem restitui. *L. filiusfamilias* 114. §. *ut quis. D. de leg.* 1. Fideicommissum ergo secundum verba hic fuit inutile. Ut enim scriptum est in *L. illa* 32. *D. de her. inst.* testamentorum jura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere. Unde igitur in hac specie fideicommissum hereditatis restituendæ? Ex sententia testatoris, quæ hic non est obscura. Nam si Titius heres esset institutus, nimirum haberet hereditatem, ut testator voluit. Id cum testatorem voluisse constet, restat, ut quatenus potest, ea voluntas conservetur. Quod ita fit, si heres rogatus, qui Titium heredem instituere cogi non potest, cogatur ei hereditatem restituere. In quo est id fideicommissum, quod hic admittendum esse dicimus. Huic simile exemplum hoc est: Rogo te heres, ut velis coheredem tibi recipere in fundo Juliano meo, quem te præcipere jussi, Clodium, Verum cognatum tuum. Quærit Scævola, an pars fundi ex caussa fideicommissi debeatur. Respondet deberi. *L. pater.* 38. §. *ult. de legat.* 3. Cur ergo quærit? Quia non potest quisquam heres fieri in totum, aut pro parte ex re certa. *L.* 1. §. *si ex fundo. D. de her. inst.* ut certum sit, secundum verba fideicommissum esse inutile. Sed cum appareat, testatorem his verbis voluisse, ut pars fundi ad Clodium perveniret, omissis verbis, hanc voluntatem sequemur. Ex qua & fideicommissum recte defendetur.

XV. Secundum genus est, cum testator neminem rogans, & omnino verba fideicommissi omittens ita cavet: non dubito heres, quin illud, aut illud Titio restituas; vel, scio, te hereditatem meam restiturum Titio; vel, scio, Pamphile, omnia, quæ tibi relinquo, ad filios meos perventura. Etsi in his, & similibus licet animadvertere, cessare fideicommissi verba: placet tamen, verba pro fideicommisso esse accipienda. *L. unum.* 67. §. *ult. de leg.* 2. *L. & eo modo:* 118. *de leg.* 1. [4] *L. Pamphilo.* 39. *in pr. de leg.* 3. Nempe animadversa defuncti sententia, quam hic decipi non oportet, ut est in *d. L. Pamphilo. in pr.* Nec vero difficile est, in his exemplis sententiam istam defuncti agnuscere: sive quod hæc dixit, quia cupiebat, optabat ea ita fieri; in quo fideicommissi voluntas est. *L. etiam.* 115. *L. & eo modo.* 118. *de leg.* 1. Sive quod his verbis declaravit, se nihil heredi, aut legatario priori relicturum fuisse, nisi in illo spem habuisset fore, ut restitueret illa, de quibus cautum est. Cum autem his reliquerit, neque frustra id fecerit, etiam eum, quod sperabat voluisse.

XVI. Tertium genus est, cum testator nihil fideicommittens, nec quemquam alloquens, aut indicans, a quo ostendat, cupere se aliquid præstari, solum dicit se aliquos, quibus prius legaverat, in eo quod legaverat, mutuo substituisse: quod fecisse in scriptura testamenti non proponebatur. Visum est in hac specie, etsi mutua substitutio omissa esset, ut in verbis nullum esset ex substitutione fideicommissum: tamen ex eo, quod testator se fecisse dicit, satis colligi, voluntatem ejus hanc esse, ut sit ea substitutio, quam expressit. Voluntate ejus cognita, solam hanc sufficere ad fideicommissum admittendum. Sic sententia est. *L. cum proponebatur*, 64 *de leg.* 2. Propone hoc modo. Pater filium impuberem, quem habebat, heredem insti-

4) Sed A. Fab. 14. *Conj* 3. Tribonianum corrupisse Scævolæ responsum, illamque esse eam decisionem, non ICt. Verba ipsa Triboniani manum prodere, maxime extrema. Cum enim Scævola ad D. Marci ætatem non pervenerit, per *L. ult. de serv. export.* non posse illum ab ipsius rescripto argumentum ducere. Immo, inquam, pervenisse liquido constat ex *L.* 11. §. 1. *de minor.* Nec obstat *d. L. ult.* Forte enim tum ea constitutio nondum promulgata erat, (de qua *d. L. ult.* Claudius.) cum Scævola ista scriberet, ut Hot. 4. *Obs.* 13. forte etiam illa constitutio Marci edita quo tempore Marcus, & Commodus imperarunt, quo Scævola in fata concesserat. Rævr. 1. *Var.* 13. Constitutio autem, de qua in nostra *L.* 39 *pr.* & *L.* 67. §. *ult.* eo tempore, quo Marcus solus, vel cum Æ in Vero fratre imperavit, quo Scævola adhuc superstes. Cætera Fabro, pari facilitate, qua ipse dicit, & moneri negantur.

instituit. Ab eo fundum Tusculanum legavit Titio, & Sempronio sub conditione si filius pubes factus esset. Idem adjecit secundas tabulas, idest testamentum pupillare, quo eosdem illos legatarios filio suo impuberi substituit, eosdemque invicem substituit, his verbis: eosque sicut in legato prius feci, sic & in hac hereditate invicem substituo. Nusquam proponebatur, pater istos in fundo legato substituisse, seu invicem rogasse, ut qui prius decessisset, portionem suam alteri restitueret. Inde quæsitum, an hæc substitutio, quam re vera in verbis constaret nullam esse, esset admittenda. Responsum est, verbis deficientibus, ex voluntate, quæ hic manifesta esset, esse admittendam. Unde eveniet, ut si filius pubertatem excesserit, ut sic evanescat pupillaris substitutio superior, tum Titius, & Sempronius ad legatum perveniant. Uno autem mortuo, etsi jus facit, ut pars ejus transeat ad ejus heredem: tamen [5] jure tacitæ substitutionis mutuo factæ, debeat is heres alteri collegatario eam partem substituere.

XVII. Quartum genus superiori proximum, est, cum testator non solum fideicommissi verba, sed & omnem fideicommissi mentionem omittens, verba tantum confert ad eum, cui quid relictum vult, & ita cavet: Semproni, contentus esto illa re; vel sufficiant tibi vineæ, vel fundus Tusculanus, quasi ea jam ei donasset vivus, aut legasset, quæ tamen neque donaverat, neque legaverat, neque a quoquam petierat, ut ei daret. Etiam hanc scripturam pro fideicommisso valere placuit. *L. peto.* 69. *in pr. de leg.* 2. *L. fideicommissa.* 11. §. *si quis ita, de leg.* 3. Merito; conjectura scilicet voluntatis ducta ex eo, quod sequitur ad id, quod antecedit. Non enim potest quisquam contentus esse re aliqua, nisi prius eam acceperit. Ita testator, qui aliquem ea re contentum esse jubet, etiam eam prius illi datam voluit, quod & prioribus verbis satis significavit.

XVIII. Quintum genus est cum testator & fideicommissi verba & omnem ejus mentionem omittens, & præterea neminem exprimens, cui præstitum velit, tamen id constituit, quod appareat, constitui alterius caussa. Ut, cum testator heredem ex parte institutum ita alloquitur, Peto pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis. Vel cum eo, quem heredem ex asse scripserat, ita loquitur, Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis. Placuit, in utraque hac specie fideicommissum ab heredibus his relictum videri, & valere: ille, ut partem hereditatis restituat coheredibus; hic, ut hereditatem totam restituat fratri defuncti. Eoque nomine his fideicommissi persecutionem esse a superioribus heredibus, retinentibus, sive præcipientibus id, quo eos contentos esse voluit defunctus. Hoc in *L. peto*, 69. *in princ. D. de legat.* 2. Unde ergo in his fideicommissum, omissis non solum fideicommissi verbis, sed etiam personis, quibus defunctus præstari vellet? Ex voluntate nimirum defuncti, quæ ostenditur ex eo, quod ita voluit, istos heredes contentos esse centum aureis pro ea hereditate, quam acceperant, ut simul indicaret, velle se, eam hereditatem non manere apud eos, sed ad alios redire. De quibus si constet, jam nihil relinquitur ad certam voluntatis defuncti significationem id agentis, ut ad istos hereditas sua redeat. Et quoniam non efficitur id directo: restat, ut in eo fideicommissum intelligatur.

XIX. Constat autem in superioribus exemplis, si hereditas apud scriptos heredes non manebit, ad quos voluerit defunctus hereditatem redire. Nam, si pluribus heredibus institutis, unus partem suam omittat, jus facit, ut ea redeat ad ejus coheredes jure accrescendi. *L. qui ex duabus.* §. *ult. D. de aeq. her.* Herede autem uno instituto hereditatem omittente, testator fit intestatus, & res redit ad heredes legitimos. *L. in plurium. D. eod.* De his igitur in his exemplis sensit testator, quibus proinde consultum voluit. Atque hi sunt, quibus in utraque specie fideicommissi persecutionem damus. Generaliter definiemus, cui testator voluit prospectum, seu cujus contemplatione quid cavit, ei relictum esse intelligi. *L. fideicommissa.* 11. §. *interdum. D. de leg.* 3.

XX. Non solum verbis fit demonstratio voluntatis defuncti, quæ demonstratio pro fideicommisso habeatur: sed etiam sine verbis nutu solo, quam & ipsam demonstrationem voluntatis pro fideicommisso valere placuit. Inde dictum, etiam nutu relinqui fideicommissum posse, dum modo is nutu relinquat, qui & loqui natura potest. *L. nutu.* 21. *de legat.* 3. Et relinquat testibus præsentibus, tot scilicet, quot ad fideicommissum codicillis relinquendum opus est. *L. & in epistola. C. de fideic.*

XXI.

5) Et ita verba enunciativa illic inducunt fideicomm. ex conjectura voluntatis. Unde refellitur Faber semper dispositiva verba exigens.

XXI. Sic autem nutu relinquitur, cum testator ab aliquo interrogatus, an velit Titio illud, aut illud relinqui, annuit.

XXII. Quod si in nutu recipimus, multo magis probandum est fideicommissum valere, si testator etiam moriens interrogatus, an vellet illud, aut illud Titio dari, ipse aperte responderit verbis, ut diceret, *maxime*. [6] *L. Pamphilo*. 39. §. 1. *de leg*. 3.

6) Et hic quoque Tribonianus ab A. Fabro 14. *Conject*. 5. vapulat, ac corruptione arguitur, quia, inquit, in specie d. §. 1. destinatio sola est fideicommissi a dispositione, omnino differens, nec fideicommissum inducens, cum propositum in mente retentum, nihil operetur. Sed vere hoc est verba magis captare, quam, quo animo quid dictum sit, attendere. Verba quidem illa quod, *vellet ei*, *relinquere*, esto, habeant nudam destinationem, cum proferuntur; posteaquam autem in testationem redacta sunt, & testatoris responso confirmata, utique voluntas illa in actum deducetur, & dispositionem continebit.

CAP. IV.

Neque sine verbis testatoris, aut nutu voluntatem de legato quoquo modo significantibus legatum intelligi; nec ex verbis quantumvis significantibus cessante voluntate. Voluntati obstare aut errorem testatoris, aut aliam ejus voluntatem. Et in utroque quid sequendum.

Una voluntas *in fideicommissis dominatur*. I. II.
Ei obstat aut error *testatoris*, *aut* alia ejus voluntas. III.
Error, *qui obstet*, *multiplex*. IV.
In corpore rei legatæ. V.
In corpore legatarii. VI.
In hujus consanguinitate. VII.
In rei dominio; *& quatenus*. XVI.
Error in nomine *duplex*. VIII.
Nomen proprium *quod nam vocetur*. IX.
Quod appellativum. X.
Utrorumque exempla. XI. XII.
Error in nomine proprio *non obstat*. XIII.
In appellativo *obstat*. XIV.
Quare. XV.
In legatis spectatur novissima voluntas. XVII.
Nisi per priorem posteriori derogetur. XVIII.
Quid si in posteriore nominatim dicat testator, *se pœnituisse prioris derogationis*. XIX.
In libertatibus directis levissima *scriptura spectatur*; *& quæ nam hæc sit*. XX.
Exceptio. XXI.
In fideicommissariis, *communis regula sequitur*. XXII.
Ratio differentiæ. XXIII.
An inter directam libertatem, *& fideicommissariam vetus differentia maneat*. XXIV.

I. UT autem verbis idoneis indicatur fideicommissum, aut saltem ea demonstratione, quæ sine verbis fideicommissi indicet aliquo modo voluntatem testatoris de fideicommisso: ita sciamus, alterutro horum opus esse ad fideicommissum constituendum. Quæ si aberunt, frustra dicetur, aliquid sensisse, aut voluisse testator, quod verbis, aut nutu ejus aliquo modo non significetur. Exemplo sit is, qui in nomine rei appellativo, & substantiam rei indicante errans, rem aliquam leget nomine appellativo non suo. Puta, qui cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri. Obtinuit sententia nihil hic deberi. Non supellectilem, quia de hac non sensit testator. Sed ne vestem quidem, de qua sensit, & quam legatam voluit. *L*. 4. *D. de legat*. 1. Nempe ideo, quia voluit quidem vestem legare, sed in suprema voluntate id non fecit, cum hanc nec nominarit, nec alio verbo usus sit, quo vestis indicaretur. Et ut hoc ipsum in eamdem sententiam explicatur in *L. Labeo. in fin. D. de sup. leg.* Non videtur quisquam dixissa, cujus non suo nomine usus sit. Nam etsi prior, & potentior est quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur; quod quam verum sit, dicam postea in errore nominis proprii. Jam vero voluntatis supremæ testationem, ut in reliquis partibus testamenti, vel codicillorum, sic in legatis, & fideicommissis exigimus.

II. Sed utcumque hæc testatio sit, utcumque testatoris verba sint ad fideicommissum exprimendum, aut ea demonstratio, quæ in hac re vice verborum fungatur: semper illud tenendum erit, quidquid hic caverit testator, ita demum pro

fidei-

fideicommisso accipi, dum voluntas non refragetur. Et hoc est videlicet. Ad legatum, aut fideicommissum constituendum neque voluntas sine dicto, scriptove, aut nutu supremo eam voluntatem indicante satis est; neque rursum dictum, aut scriptum quodlibet sine voluntate. Quin potius hæc una est, quæ in testamentis dominatur, ac prope totum facit, in fideicommissia præsertim; ut si de hac recte conatet, statim ratum sit quod testator se velle ostendit; hac cessante, nihil in testamento quantumvis diserte dictum, aut scriptum, valeat. *L. ex facto. §. rerum. D. de her. inst. L.* 12. *in fin. D. de legat.* 1.

III. Quominus autem intelligitur testator voluisse, aut aensisse, quod dixit, scripsitve, duo faciunt: error ejus in re, aut persona, quam nominat; tum voluntas posterior priori contraria.

IV. Error testatoris, qui legato obatet, aut est in corpore sive rei legatæ, sive personæ legatarii; aut in hujus consanguinitate; aut in rei nomine; aut in hujus ipsius dominio.

V. Error in corpore rei legatæ satis declarat, testatorem de ea re non sensisse, quam appellavit; ut si fundum Cornelianum legaturus, quia forte de eo restituendo rogatus erat, leget fundum Sempronianum, existimans eum esse, qui dicitur Cornelianus. Nihil hic debebitur. *L.* 4. *D. de leg.* 1. propter errorem scilicet in re; qui error non habet consensum. *L.* 2. *in pr. D. de jud. L. si per errorem. D. de jurisd.*

VI. Idem est, si erret testator in corpore legatarii, de quo in heredis institutione diximus. *L. quotics.* 9. *in prin. D. de her. inst.*

VII. Error in consanguinitate legatarii æque testatori obstat, quominus ei datum velit, cui tanquam fratri, aut cognato legavit, si eum talem putavit, neque fuit. Ideo ut hic error irritam facit institutionem ejus, qui in hoc errore heres institutus est: *L. si pater. L. nec apud. C. de her. inst.* ita necesse est, irritum faciat & legatum eodem errore in istius personam collatum.

VIII. Error in nomine duplex est. Est enim & nomen duplex: *proprium*, quod Grammatici vocant, & *appellativum*. Liceat autem & nobis docendi caussa verbis vulgaribus, & usitatis in hac re uti.

IX. Proprium vocamus, quod non generis, aut speciei universæ appellandæ, sed individui cujusque, quod sub ea specie sit, privatim demonstrandi, & ab aliis corporibus discernendi caussa est inditum.

X. Appellativum contra, quod generis, aut speciei universæ nomen est, rei cuique ex vero, & natura sua appellandæ attributum.

XI. Proprium est exempli gratia in rebus, fundus Cornelianus, ædes Sempronianæ, Tusculanum equus Bucephalus: in personis, Lucius, Titius, Mævius, Sempronius, Cornelia.

XII. Appellativum, ut fundus, domus, supellex, vestis; homo, bos, equus. Neque vero error in his nominibus eodem jure habetur.

XIII. Error in [1] nomine proprio legato non nocet. Ut, si testator de certo fundo sentiens, in cujus corpore non erret, eum qui Sempronianus vocabatur, Cornelianum nominaverit, debetur Sempronianus. *dict. L.* 4. *D. de legat.* 1. Idemque legaturus Titio cognato suo, in cujus persona non errabit, si eum Sempronium nominaverit, nihilominus valet legatum. §. *si quidem in nomine. Instit. de leg. L.* 4. *C. de tes'a.* Nomina enim hæc, inquit Justinianus, significandarum rerum, & personarum caussa inventa sunt: quæ si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. *d.* §. *si quidem.*

XIV. Quod si id nomen erit rei legatæ, quod vocamus appellativum, error in eo legato ita officit legato, ut nec debeatur ea res, de qua testator sensit, neque ea, quam nominavit. Hinc est, quod in superiore illa specie, in qua qui vestem legare volebat, adscripsit supellectilem, [2] pla-

1) Licet enim abutamur verbis ad sustinendam voluntatem. Exemplum *in L.* 52. § 4. *de leg.* 3. non tamen contra apertam significationem verborum probatio voluntatis admittitur, si nullo omnino nec proprio, nec improprio sensu verbum illud significet id, de quo testator sensisse dicitur. Duar. *de Her. inst. C.* 3. *f.* 358. Periculosum certe esset, conjecturam voluntatis recipere contra apertam significationem; nihil sic certi esset in testamentis. Tropos tamen, & figuras admittimus, ut si quis ob segnitiem servum vocans asinum dicat: Asino meo do libertatem. Duar *ad d. L.* 4. *de leg.* 1. P. Fab. 2. *Semest.* 14. Si quid contra communem loquendi usum a testatore scriptum, nihilominus ex usu communi interpretationem recipit. nec voluntatis testatoris habetur ratio, si usu communi omnino non juvetur. Quando autem ambiguus sermo, tum demum dispiciendum de sententia testatoris. Vid. & Vasqu. 4. *Decl.* 56.

2) *Zas. ad d. L.* 4. *n.* 5. Nomina, ait, (intellige propria) a notando dicta, ut cognoscantur res, *L. ad recognoscendas* 10. *C. de ingen. man.* (Cart. 1 *Conject. ad Fr.* 26. derivat a noscendo, ea nominis inflexione, qua stamen a stando, volumen a volvendo. Festus *Lib.* 12. dictum quasi novimen, quod notitiam faciat, quem ad vocis tantum sonum allusisse putat, Robert. 2. *Sent.* 16. vere deductum esse sentiens a Græc ὄνομα, quomodo & Conn. in Com. 11. n. 4. qui & ὄνομα esse ἀποτελέσμα, quod penes usum sit Lex, & norma loquendi). Quare si de re constiterit, quid de errore. frustra laboramus de mediis, ut constat de toto. Baro *ad d.* §. 29. Facilis, inquit, his error ac tolerabilis, at non sic credibile est, quemquam tam imperitum esse, ut mutet rebus vocabula, quæ fere immutabilia permanent.

placet, quemadmodum vestia non debetur, quæ appellata non est: sic nec suppellectilem deberi, quamvis disert nominata sit; quia testator in nomine errans, de ea non senserit. *dict. L. 4. D. de legat.* 1. Hoc amplius adjiciebat Tubero, ne hic quidem sibi videri suppellectilem appellatam, quia non arbitraretur quemqusm dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet. Hoc in *L. Labeo. ver. id Tubero. de sup. leg.*

XV. Quid ergo tantum interest inter hæc nomina, ut pro eorum varietate induci debuerit superior juris distinctio in ea re, de qua testator senserit? Hoc sic expediebat Pomponius, ut refertur in *d. L. 4. de leg.* 1. rerum enim vocabula, ajebat, immutabilia sunt; hominum mutabilia. Nomina rerum vocat, quibus res ipsæ secundum formam, & qualitatem [3] naturæ suæ interiorem appellantur: cujusmodi, ut dixi, illa: fundus, homo, equus, vestis, supellex. Generalia, inquam, quibus non individuum aliquod ex genere, sed genus universum ex iis, quæ totius generis communia sunt, designatur. Quæ, ut dixi, a Grammaticis dicuntur appellativa. Hæc, inquit, sunt immutabilia. Merito; quia ut substantia, & quæ sunt propria rei, a re ipsa divelli non possunt: sic nec hæc ipsa nomina, quæ hanc substantiam exprimunt. Alia sunt mutabilia, quia non proficiscuntur a natura rerum, sed pro cujusque arbitrio rebus imponuntur; & qua libertate imponuntur ab initio, eadem libertate & postea mutari possunt: ut quocumque nomine postea visum erit testatori eamdem rem appellare, id illi facere liceat, & recte res ut appellata, sic & legata intelligatur.

XVI. Incidit etiam aliquando testatori error circa dominium rei legatæ. Et hic quoque interdum voluntati ejus obstat, facitque quominus id sentiat, quod scripsit. Quod cum accidit, ut legatum voluntate deficitur, ita placet nec deberi. Id receptum est, cum testator rem alienam, quam suam esse putabat, legavit. Sic enim existimatur affectus esse, ut alienam sciset, non legaret; idque ideo, quia sint magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis, & onerandis heredibus faciles voluntates. *§. non solum. in fin. Instit. de leg. L. unum.* 67. *§. si rem. de legat.* 2. Sed adjiciemus, quod est in *L. cum alienam. C. de leg.* Ita hoc legatum non valere, nisi proximæ personæ, vel uxori, vel alii tali personæ datum sit, cui legaturus esset testator, etsi scisset, rem alienam esse. Verum de eo paulo post plura *Cap.* 11. cum de his rebus agetur, quæ legari possunt, sive hæ nostræ sint, sive alienæ, quæreturque quatenus in his legatum consistat.

XVII. Ut error testatoris facit sæpe, ne is id sentiat, quod scribit; eoque nec hic legatum valet contra voluntatem: ita & diversæ scripturæ, quæ de eadem re incidunt, sæpe ita sunt, ut una in cæteris voluntatem testatoris mutet, eoque & sola sequenda sit cæteris, voluntate deficiente, valere jussis. Quæritur igitur, si quando ejusmodi scripturæ diversæ incident, an omnes servandæ sint: quod si non omnes possunt, quia sint contrariæ, quæ ex his sit servanda. Et in eo ita regula juris traditur, in legatis novissimam voluntatem valere. *L. si mihi.* 12. *§. ultim. D. de legat.* 1. Merito: quia qui posterius scripsit, quod priori contrarium esset, a priori voluntate recessisse intelligitur. Licet autem testatori, quoad vivit, mutare voluntatem. *L. 4. D. de adi. leg.* Nec aliud servatur in pactis. *L. pacta novissima. C. de pact.*

XVIII. Sed regula in dubia voluntate locum habet. Quod si testator nominatim caverit, quid de prima, aut postrema scriptura servari vellet, id sequemur. Et ideo si ita caverit, ut diceret, quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego: quod infra legaverit, non valebit. *d.* [4] *L. 12. §. ultim. de leg.* 1.

XIX. Quod rursum ita accipiendum erit, nisi testator in posteriore scriptura dixerit nominatim, se pœnituisse prioris derogationis. Quod si fecerit, rursum ex voluntate posterior scriptura potior habebitur, ut est in [5] *L. si quis in principio,*

3) Immo non natura nomina constant, sed ab hominum instituto profecta, Arist. *de Interpret. C.* 2. & eorum consensione rebus imposita, Conna. 2. Comm. 11. n. 4. Quod & contra Cabalistas firmat Fr. Valles. *de Sacra Philos. C.* 3. alioqui, ut omnibus gentibus una & eadem natura, ita & idem esset sermo. Ac licet loquutio homini ingenita, nullus tamen certus sermo, sed idiomata usu hominum nata, mutata, servata. Neque ideo tamen infirma ratio JCti *d. L. 4. in fi. pr.* Rerum vocabula immutabilia, ut scilicet non pro singulorum arbitrio ac libitu, ceu propria *L.* 10. C. *de ingen. man.* mutari possint, licet communi gentis consensu sæpe varientur, &c. Plura de nominum horum differentia pete ex Rob. 1. *Sent.* 16. Vigl. *ad §. nominatim I. de Exher. n.* 2. *& seqq.* Vacon. 4. *Decl.* 56.

4) Ibi enim ademptio, quæ prior est, ordine scripturæ præpostero, intellectu est posterior Cujac. 14. *Obs.* 7.

5) Ubi de clausula derogatoria tractant DD. de qua fuse Simon de Præt. *Lib.* 4. *de Interpr. ultim. vol interp.* 3. *Dubil.* 2. Ant. Fab. 37. *Error. Pragmat.* 7. *& seqq. &* 38. *Error.* 1. *&* 2. *&* 39. *Error.* 1. *& seqq.* Jo. Bassius 1. *Parado* 8. quam Cujac. 14. *Obs.* 7. ait, innumeras lites peperisse. Illius autem hæc sententia est. Si initio scripsi: *Cui bis legavi semel deberi volo.* Aut deinde imprudenti excidit, ut sæpius legarem, & prior voluntas potior: (quia memo-

22. *de leg.* 3. oemo enim, inquit eo loco Hermogenianus, eam sibi legem potest dicere, ut a priore voluntate ei recedere non liceat. Sed cur ooo potest hanc legem sibi dicere? Quia natura refragatur. Quantumvis enim dixerit, se posteriori voluntati stare oolle: tameo nihil prohibet, quominus, mutato judicio, velit postea ei stari. Ut autem hic natura voluntatem mutare potest: ita cum mutarit, contiouo hanc voluntatem juris auctoritas excipit, id est legis duodecim tabularum, quæ quod quisque legassit suæ rei, id ratum esse jubet. *L. verbis legis. D. de verbor. signific.*

XX. Sed hoc ita servatur in legatis. In libertatibus testamento adscriptis libertatis favor vicit, fecitque ut placeret in his levissimam scripturam, & conditionem esse spectandam. *L. quod traditum.* 87. *D. de cond. & dem. L.* 5. *de ma. test.* Levissimam autem intelligi, quæ ipsi servo commodior sit, seu ex qua citius perveniat ad libertatem. *L. levissima.* 35. *L. id est.* 88. *de cond. & dem. L.* 1. *D. de ma. test.* Et hoc quid sit variis exemplis explicatur io *L. non ad ea.* 89. *de con. & dem.*

XXI. Ex hac regula illud natum, ut si idem servus legatus, & liber esse jussus sit, placeat, favorem libertatis prævalere, nisi forte prius liber esse jussus sit, deinde ita legatus, ut in hac posteriore scriptura evidens ademptio libertatis ostendatur. Sic enim legatum propter defuncti voluntatem prævalebit. Hoc io *L. si idem.* 14. *D. de legat.* 2. Sed & tunc legatum servi prævalere certum est, si idem testamento manumissus sit inutiliter. *L. qui testamento.* 37. *de leg.* 2. *L. si fundum*, 81. *§. penult. de legat.* 1. Scilicet quia quod inutiliter sive contra jus datum est, nec datum videtur. *L. non dubium. C. de legi.* Finge servum alienum manumissum directo. *§. ultim. Instit. de sing. reb. per fid. rel.* aut manumissum a minore octodecim anois. *§. ultim. Instit. quib. ex cau. ma. non lic.* & eumdem legatum.

XXII. Quod tamen diximus, io libertatibus levissimam scripturam spectandam, sciamus, de directis accipi debere. In fideicommissariis communem regulam sequimur, ut io his quoque oovissima scriptura potius spectetur. *L.* 5. *D. de ma. test. L. per fideicommissum.* 90. *D. de cond. & dem.*

XXIII. Differentiæ ratio est, quod cum directe testamento manumissus nullius fiat libertus, sed sit is, qui dicitur orcinus, quasi dicas orci, & sepulchri libertus: *§. ultim. Instit. de sing. reb. per fid. rel.* Nihil interest heredis, ex qua scriptura hic servus ad libertatem perveniat. Unde, cæteris rebus contemptis, sequimur, quod libertati prosit, heredi noo noceat. Contra cum ex fideicommisso manumissus fiat libertus heredis ejus, qui manumisit: *d. §. ultim. Inst. de sing. reb. per fid. rel.* res suadet, [6] ne quid hic amplius tribuamus libertati, quam heredi, cujus in hac manumissione res agitur æque ac servi. Ideo in pari caussa reditum hic est ad regulam communem, ut novissima scriptura hic potius spectetur.

XXIV. Quo loco exoritur difficultas ex iis quæ de exæquatione legatorum, & fideicommissorum diximus. Nam si ex libertata directa manumissus fit libertus orcinus, ex fideicommissaria libertus heredis; atque hinc etiam placet, in directa levissimam

memoriæ meæ, vel constantiæ diffisus, dum vereor, ne blanditiis possem resistere, mihi præcavi. Aut prudens, nec invitus sæpius legavi, & posterior voluntas priori derogat, etiam sine speciali adjecta derogatione. Ex scientia enim præsumitur voluntas, & hac de re Textus in *l. 6. §. 2. de codicill. L. ul. pr. de leg.* 2. quibus locis, ait, DD. clausulam hanc omnis licenter subaudiunt, ac intervenisse fingunt. Quare putat vers. *sed hoc ita locum d. L.* 22. Tribonianum adjecisse, quia supervacuum sit exigi specialem derogationem, si constet, scientem recessisse a priori voluntate: quia antea JC. exegerit solam scientiam: quia Hermogenianus in libb. Epitom. rotundiores sententias contulerit, non interpretatione, aut conditione ampliarit: quia Triboniano familiare exigere specialem voluntatem. Et consentit Hot. 1. *Antic.* 4. scribens, se idem ante Cujac. notasse, & A. Fab. 37. *Err. Pragm.* 8. & Jerc. Setser *lib.* 1. *de Ju. ann. C.* 45. *n.* 26. Verum non sunt Triboniani ea verba, quæ si detrahas *d. L.* 22. maxime cum ea pugnabit *L.* 14. *pr. de leg.* 1. quam de eo, qui per ignorantiam, aut imprudens iterum legat, accipere nimis est divinare. Et immo ideo requiritur specialis derogatio, ut ex ea appareat scientia testatoris, quæ aliter non constet, eum recessisse a priori voluntate, nec sane frustra creditur sic cavisse: *Cui bis legavero, semel deberi volo.* Ad *L.* 6. *§.* 2. *de* 1. *codicill. L. ult. pr. de leg.* 2. Resp. licet pro DD. subauditione hoc adferri possit, locum uoum ex alio suppletionem recipere *L. incivile* 24. *de LL.* malo tamen, discrimen agnoscere inter has species. Videlicet inter cautionum testantis de legato, bis autem relicto, semel tantum solvendo *d. L.* 22. *de leg.* 3. *L.* 14. *de leg.* 1. & cautionem de codicillis non aliis sustinendis, quam si sint subscripti *d. L.* 6 *§.* 2. *d. L. ult. pr.* Discrimen, opinor, inde: Codicilli sunt species extremi elogii; res, & actus per se subsistens. Quare codicillos condens post illam declarationem, (quod valere non debeant nisi subscripti) re ipsa, & facto, condendo videlicet codicillos, nec subscribendo, cum posset, ostendit, se a priore illo consilio recessisse. Nulla enim ratio est, cur censeri debeat actum plane inanem, & frustratorium celebrasse. Legatum autem non est ultima voluntas, sed donatio in re relicta; nec actus per se subsistens, cum extra testamentum (olim; hodie extra id, vel codicillum) fieri nequeat. Quare si quis post declarationem eam, quod legatum iterum relictum semel præstari debeat, iterum eidem leget, nulla ratio est, cur debeamus posterius legatum sustinere, contra quam ipse testator, quacunque ratione permotus, fuerit, cavit. Neque sic actus geritur frustratorius. Valet enim testamentum quoad quævis alia rite in eo relicta.

6) Sic & Turamin. *de Exeq. leg. C.* 5. *n.* 14. quia fideicommittendo testator non simpliciter libertati favere videtur, sed habita heredis ratione; propter jus patronatus. Unde ob ejus prejudicium novissimam scripturam spectamus.

Digitized by Google

simam scripturam spectandam; in fideicommissaria novissimam; aperte utraque in re vetus inter ista differentia manet, & eorum exæquatio tollitur. Quod & verum est, neque exæquationi a Justiniano institutæ advarsatur. Sublata est enim a Justiniano differentia legatorum, & fideicommissorum hactenus, dum 7 ne voluntas testatoris refragetur. Introducta est, enim ab eo ea similitudo istarum rerum, quæ adjuvaret, non quæ impediret voluntatem. Declarat, cum ait, se legatorum differentias substulisse, dum cupit, voluntates defunctorum esse validiores, & non verbis, sed voluntatibus eorum favere. §. 1. *Inst. de leg.* Itam se legata, & fideicommissa exæquasse, ut ubique spectetur non quid dixerit, sed quid voluerit testator; se enim non verbis, sed rebus leges imponere. *L.* 2. *in fin. C. com. de leg.* Atqui, ut maxime ceteris in rebus secundum voluntatem testatoris confundi possint legata, & fideicommissa, certe in libertatibus directis, & fideicommissariis id facere non licet. Nam si libertatem directam accipiemus pro fideicommissaria, faciemus injuriam servo, qui fiet libertus heredis, cum testator eum nullius libertum esse voluerit. E converso si fideicommissariam pro directa accipiemus, faciemus injuriam heredi, cui isto modo eripiemus libertum eum, quem testator per fideicommissum liberum esse voluit, dum is fiet libertus orcinus, quem testatur manumissoris libertum esse voluit. Quibus cum voluntas testatoris, & natura rei aperte refragentur, non mirum, si nunc quoque salva hic maneat voluntas testatoris.

7) Ita & Matthæus. *Epit. Legat. Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 25. Duar. *ad L.* 1. *de leg.* 1. differentiam hanc non esse ex reliquo aliquo discrimine inter legata, & fideicommissa, sed inde, quia appareat voluntas testantis. Nec referre, an verba sint precaria. Nam etsi hujusmodi sint. *Heres damnas esto Stico libertatem dare*, æque factum heredis requiretur; & libertus fiet heredis. Sed optime Turamin. ut notavi *supr. Cap.* 2. *N.* 9. directæ libertatis dationem non esse legatum. Et fideicommissaria quoque libertas ab aliis fideicommissis in pluribus discrepat, de quibus vide Chiller. *Lib.* 2. *de I. Fideicom. C.* 7. ut non absurde forsan dici possit, fideicommissum libertatis, & aliarum rerum non convenire genere Synonymo, sed homonymo, maxime cum & directis verbis ab herede relicta libertas fideicommissaria censeatur. Vid. de differentia libertatis directæ, & fideicommissariæ Chiller. *d. Lib.* 2. *C.* 8.

CAP. V.

Quæ in legato inesse debeant, ut quod relictum esse constabit, jure consistat. Ac primum ex personis ad legatum pertinentibus Quis possit legare.

Ut utiliter quid legetur, in eo quatuor spectanda, & quæ nam. I.
Personæ, quibus legatum constat, tres. Quæ sint. II.
Is legare, aut fideicommissum relinquere potest, qui testandi jus habeat. III.
Utrum habuerit, eo tempore inspiciendum, quo legatum reliquit. Quid inter relictum testamento, & codicillis intersit. IV.

I. CUm constabit & scripto, dictove, & dicentis voluntate aliquid legatum, fideive commissum esse; proximum erit ad vim legati, ut de jure ejus, idest quam recte relictum sit, cognoscatur. Nihil enim interest, nihilne relictum sit, an relictum sit perperam, idest, ita, ut legatum jure non consistat. *L. quoties. D. qui sat. cog. L.* 2. *D. auct. tut.* Ut utiliter quid legetur, in eo hæc spectantur omnia, in quibus versantur legati caussæ. Primum personæ, quibus legatum constat. Secundo res legata. Tertio legandi forma. Quarto legandi finis. Harum caussarum singulæ certas leges jure acceperunt. Quæ si servantur, valet legatum. Si quid in una aliqua contra factum sit, inutiliter relinquitur. Ac de singulis ordine consideremus.

II. Personis omne legatum, & fideicommissum constat tribus, legantis, legatarii, & ejus a quo relinquitur.

III. De legante ita jus est, eos demum legare, & fideicommissum relinquere posse, qui testandi jus habent. *L.* 2. *D. de legat.* 1. *L.* 1. *D. de legat.* 3. Qui id jus habeant, in testamentis diximus. Si qui ergo in hoc numero non erunt, hi frustra legatum aut fideicommissum reliquerint. Exempli gratia, servi, de statu suo dubitantes, filiifamilias, deportati, quibus exemplis Ulpianus utitur in *d. L.* 1. *de legat.* 3. Ex quo est, quod traditur in *L. nutu.* 21. *D. eod.* nutu etiam

relinqui fideicommissum; sed cum hac exceptione, [1] dummodo is nutu relinquat, qui & loqui potest. Scilicet quia mutus testandi jus noo habet. §. *item surdus. Inst. quib. non est. per. fac. test.*

IV. Utrum qui legavit jus testandi haboerit, ot utiliter legaret, eo tempore spectandum est, quo legavit. Si quis quo tempore legavit, testandi jus noo habuit, mutata postea conditiooe non eo magis legatum coovalescet, quanvis eo statu decesserit. Veluti, si filiusfamilias legaverit quid, & postea emancipatus, aut aliter sui juris factus decesserit. Aut si legaverit deportatus, deinde iodulgentia principis restitutus fuerit, atque ita decesserit. Hæc Ulpianus in *L.* 1. §. 1. *& §. si quis. de leg.* 3. sed utrobique cum hac distinetiooe, ut si qnidem fideicommissum relictum sit codicillis, mutata conditione relictum confirmetur, si qui reliquit, io eadem voluntate duraverit. Aliter, atque si relictum sit testameoto, quia testamentum quod initio non valuit, ut oùda voluntate non constituitur, sic nec confirmatur. *L. qui ex liberis. §. ult. D. de bonor. poss. sec. tab.* Quippe testamenti factio publici juris est. *L.* 3. *D. qui test. fac. pos.* Nemo autem voluotate sua jus publicum mutare potest. *L. jus publicum. D. de pact.* Io codicillis magis voluntas spectatur, ut qui nullam solemoitatem juris desiderent. *Inst. de cod. in fi.*

1) Ita & Duar. *ad d. L.* 2. *de leg.* 1. distinguit inter mutum natura, & propter morbum, & Matthæc. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 1. *n.* 3. ubi *n.* 6. *&* 7. statuto quoque testari vetitum v. g. minorem legandi jus non habere, quod tamen negat Vasq. in *not. Lib.* 7. *C.* 19. *N.* 2.

CAP. VI.

Quibus legari, aut fideicommissum relinqui possit.

Legari potest omnibus, cum quibus testamenti factio est. I.
Servo hereditario recte legatur. II.
Non item servis, qui dominos non habent, & deportatis. III.
Nec ei, qui apud hostes decessit. IV.
Nec servo pœnæ, nisi alimenta. V. VII.
Nec deportato, nisi a milite. VIII.
An servo proprio, vel heredis. VI. IX.
Hodie incertis personis legari potest. X.
Item collegiis. XI.
Item vicis, aliisque universitatibus. XII.
Testamenti factio cum legatario inspicitur duobus temporibus, testameoti, *&* mortis. XIII.
Interdum incapaci tempore mortis, vel testamenti, vel utroque relictum valet. XIV.
1. *Si in id tempus, quo capere poterit.* XV.
2. *Si sub conditione extitura post mortem testatoris, cum jam capax esse cœpit.* XVI.
3. *Si ei, qui solidum capere non poterat, plus, quam capere ei licet, relictum, isque rogatus sit totum restituere.* XVII.
Aliud, si nihil omnino capere potuit. XVIII.

I. De legatario, id est eo, cui legatum, aut fideicommissum relinquitur, ita traditur, legari illis solum posse, cum quibus testamenti factio est. §. *legari. Inst. de leg.* Id est iis, noo utique qui testamentum facere possunt, sed qui possunt ex testamento nostro capere. §. *testamenti autem. Inst. de her. qual. & diff.* Et hi quoque quinam essent, in heredum institutione satis supra diximus, Lib. VI. Cap. XVII. unde cætera ad personas eorum, qui capere quovis modo non possunt, pertineotia, petere licebit. Nuoc quæ ad legata maxime pertioent, peculiariter exsequar.

II. Et cum in his, qui capere possunt, soli siot cives Romani, ut declarant verba legis Falcidiæ, *L.* 1. *D. ad leg. Falcid.* & propter cives, horum servi; *L. non minus. D. de hered. inst.* inde regula juris civilis io legatis, ut, quibus ipsis legare possumus, eorum qooque [1] servis lega-

1) *L.* 82. §. 1. *de leg.* 1. ubi nollim cum Perrenon. 2. *Animadv. & Var. Lect.* 19. negatione inserta in vers. *calumniosa est enim &c.* legere *non posse legari*, propter *L.* 113. *in pr. de leg.* 1. Nam hic est sensus ICti *d.* §. *ult.* reprobandam esse eorum opinionem, qui putabant, id, quod receptum erat, ut servo legari posset, & quandiu serviret *d. L.* 113. *pr.* subvertere definitionem Juliani, quam Paulus ibi proponit. Nam non dicit, falsam esse sententiam illorum verborum, *posse legari servo, & quandiu serviat*, sed calumniosam annotationem, ejus videlicet qui in notis ad Julianum prodiderat, quicunque tandem fuerit, ex illis Juliani regulam, *id demum servo alieno legari, &c.* everti. Quem sensum Pauli esse verba sequentia cum primis vera vere. *alioquin &c.* attentius legenti ostendunt.

legare possimus. *L.* 12. §. *regula. D. de legat.* 1. Inde dictum & illud, servo hereditario recte legari; licet hereditas adita non sit; quia hereditas personæ defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. *L. legatum.* 116. §. *servo. D. de leg.* 1.

III. E converso cum non sint in eo numero, qui cives Romani non sunt, ut servi, qui dominos non habent, & deportati: efficitur, etiam bis inutiliter relinqui.

IV. Hac de caussa relictum ei, qui apud hostes est, si ibi decessit, nullius momenti est. *L. si servo.* 101. §. *ultim. D. de legat.* 1.

V. Idem est, si relictum sit servo pœnæ, ut in metallum damnato. *L.* 3. *D. de his quæ pro non scrip. hab.*

VI. Qua ratione recte dixerimus constitutum esse, quod placuit, [2] servo proprio sine libertate legari non posse. *L. plane.* 24. §. *si conjunctim. L. si minor.* 102. *de legat.* 1. Non enim hic servus eum dominum habet, ex cujus persona consistat legatum. Legat enim dominus servi; sed dum servo proprio legat, perinde habetur legatum, quasi sibi ipsi legasset, si modo ex persona domini legatum valere volumus. Atqui testator secum testamenti factionem non habet, ut vel se heredem instituere possit, vel sibi ipsi quid legare. Quemadmodum autem servo proprio libertate non adscripta legari non potest: sic nec eidem data libertate, si legatum sit ei pure, libertas autem data sub conditione, quæ, patrefamilias mortuo, non possit statim ante aditam hereditatem exsistere. Sic enim reperitur tempus, quo servo proprio pure legetur sine libertate. Cæterum præsenti die data libertate servo legari vel pure, vel sub conditione potest. Sic enim semper libertas cum legato concurrat. Idemque est, si legetur pure, libertas autem detur sub ea conditione, quæ patrefamilias mortuo possit statim exsistere ante aditam hereditatem. Hæc ad hanc sententiam Julianus in *L. quæsitam.* 81. §. 1. *de legat.* 1. ubi & superiorum conditionum exempla reperientur.

VII. Plane servo pœnæ in metallum damnato relinqui potuerunt [3] alimenta. *d. L.* 3. *de his quæ pro non scrip. hab.*

VIII. Sed & deportatis; quibus, cum ea quæ sunt juris civilis non habeant, relicta sunt ea, quæ sunt juris gentium. *L. sunt quidam. D. de pæ.* Ideo & ex militis testamento capere posse eos placuit, sive instituantur heredes, sive quid eis a milite legetur. *L. idem est.* 13. §. 1. *D. de test. mil. L. si deportati.* 7. §. 1. *D. de legat.* 3. Quasi scilicet quæ capiuntur ex testamento militis, capiantur ex jure gentium, non civili, cum testamentum militare nullis legibus, aut vinculis, & solemnibus adstrictum sit juris civilis, *L.* 1. *de test. mil.* Non idem juris esse dicemus, si quid deportato ipsi a pagano relictum sit; sed totum id pro non scripto esse. Congruit *L. si quis servo*, 94. *D. de legat.* 2.

IX. Quæ ratio facit, ut servo proprio sine libertate legari non possit. Eadem facit, ut servo heredis, libertate fideicommissaria non adscripta, inutiliter legetur. Nam ne hic quidem legatum valere potuit, nisi ex persona domini; ut periode habeatur, quasi ei legatum esset. At ex hujus persona consistere non potest. Alioqui futurum esset, ut ei a seipso legaretur: quod jus non patitur. Hoc in *L.* 8. §. *servo. D. de legat.* 3. §. *an servo. Instit. de leg.* De deportatis jus certum, hos ex testamento nostro capere nihil posse. *L.* 1. *C. de her. inst. L.* 3. *D. de his, quæ pro non scrip. hab.* Atqui deportati servo relictum valet. *L. si deportati.* 7. *in princ. D. de leg.* 3. Sed ideo valet, quia valet ex persona fisci, cujus est quodammodo hic servos, ut disserui in argumento de heredibus instituendis, *Tit. qui heredes insti. pos.* Quod autem deportato ipsi a pagano relictum est, si valet, necesse est, ex persona deportati consistat. Quod fieri jus non patitur.

X. De quibusdam tum personis, tum corporibus dubitatum est, an esset cum bis testamenti factio, quo quid his legari posset. In personis dubitatum de incertis: His neque legari, neque fideicommissa relinqui olim concessum erat, ut est in §. *incertis. Inst. de lega.* ubi & quæ incer-

tæ

2) Vid. tamen *not. sup. Lib.* 6. *Cap.* 17. *N.* 21., & P. Greg. 42. *Synt.* 33. *n.* 4. Non obst. *L.* 14. *de reb. dub.* Nam ibi testes, quibus legatum, rogatu ipse, & adhibitione certi Sunt. Don. not. *ad L.* 5. *pr. de reb. dub.* Sarmient. 0. *Select. Interp.* 5. *n.* 3. Forn. 3. *Rer. Quotid.* 23.

3) *L.* 20. *de reb. dub. L.* 26. *ad Treb. L.* 21. *Quib. mod. ususf. amit.* vid. Ulp. *tit.* 24. §. 28. Forn. 2. *Rer. Quotid.* 11. Et de legato ad divisionem singulorum civium, de quo *d. L.* 122. Rævr. 2. *Var.* 16. Et quod civibus indefinite relictum, civitati intelligitur *L.* 2. *de reb. dub.* id est non singulis, sed universitati civium. Sicuti & cum quid iis, qui in templo erunt, legatum, non ministris, sed templo intelligitur, *L.* 20. § 1. *de ann. leg.* Si vero administratoribus civitatis legetur, distinguitur. Si ob extraneo, debetur civitati; sin a necessitudine juncto, personæ contemplatione relictum censetur. Quod de Episcopo, & Ecclesia sic revit *C. requisivisti ext. de testam.* Baro *ad d. L.* 2. *de reb. dub.* vid. Meno. 4. *Præsumpt.* 112. Unuel. *ad d. L.* 0. verbum *civibus*, esse ambiguum; posse accipi de universis, posse & de singulis. Illam acceptionem præferri (1) quia credibile est testatorem dilexisse civitatem magis, quam singulos cives. (2) quia inter tam multos divisum, ad minimam summam in persona cujusque redigeretur. (3) Nimis oneraretur heres.

tæ personæ sint, declaratur. Ratio reddita eb Ulpiano in fragmentis, *Tit. qui her. inst. poss.* quoniam certum consilium debet esse testantis. Sed hoc jus emendavit Justinianus, non solum ut [4] his personis legari posset, sed etiam ut possent heredes institui, ut ipse testatur in §. *sub certa*. *Inst. de lega.*

XI. In corporibus dubitatum de civitatibus, vicis, collegiis, hac ratione, inquit Ulpienus in fragmentis, *Tit. qui her. inst. poss.* quia & hæc incerta corpora sunt; ut proinde videri posset, non fuisse cum his testamenti factio. Sed jam olim placuerat [5] civitatibus posse legari, & si quid relictum sit, omne valere. *L. si quid relictum*. 117. *D. de leg.* 1. & quidem etiam, quod ad honorem, ornatumque civitatis pertioeret. Sic enim traditur in *L. civitatibus*. 122. *de legat.* 1. ubi & quæ sint hujus generis, dilucide explicatur. Cujusmodi etiam nonnulle referuntur in *d. L.* 117. *eod.*

XII. Hoc jure recepto, placuit, & vicis, similiter ut civitatibus legata capere licere. *L. si heres*. 73. §. 1. *de legat.* 1. Proinde & aliis universitatibus, ut collegiis licitis, recte legabitur. *L. collegium*. *C. de hered. inst.*

XIII. An sit cum legatario testamenti factio, ooo per omnia spectatur iisdem temporibus, quibus inspicitur, an sit testamenti factio cum herede instituto. Ut sit cum hoc testamenti factio, tribus temporibus inspicitur, testamenti facti, mortis testatoris, & quo heres hereditatem adit. L. *si alienum*. 49. §. 1. *D. her. insti.* Ut sit autem testamenti factio cum legatario, inspicitur tantum [6] duobus temporibus, testamenti facti, & mortis testatoris. His quidem temporibus esse debere & cum legatario testamenti factionem eæ rationes probant, propter quas in herede instituto eadem tempora spectanda esse placet. Dicimus enim, in hujus persona spectandum esse tempus testamenti facti, ut constiterit institutio; mortis testatoris, ut institutio exitum habeat. *d. L. si alienum*. 49. §. 1. Atqui & in legato ad vim legati eadem illa intervenire oportet, ut constiterit scilicet ab initio legatum, & post exitum habeat. Quare & propter casdem caussas in legetis jus idem admittemus. At tertium illud tempus aditæ hereditatis in legatis non spectatur, quia non ut in herede ad jus percipiendæ hereditatis id tempus spectari uecesse est: ita necesse est, id spectari in legatario ad jus legati percipiendi. In herede ideo hoc quoque tempus inspicitur, quia jus heredis eo maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Acquirit autem extraneus tunc solum, cum adit. In legatario contra ideo id spectari sit ineptum, quia non hoc primum tempore legatum ei acquiritur, sed multo ante, nempe ex ipso tempore mortis testatoris. Ex eo enim tempore omnium legatorum pure, aut in diem relictorum dies cedit. *L. unica*. §. *in novissimo*. *C. de cad. toll.* Cedere autem ex illo dies dicitur, ut intelligatur id tempus esse, ex quo adita quandoque hereditate, retroversus legatum acquiratur ei, cui per jus acquiri potuisset statim, si hereditas adita esset. *L.* 5. §. *ult. D. quan. di. leg. ced.* Superiora tempore cum spectanda dicimus, hoc dicimus, si quis uno aliquo ex his legati capax non fuit, puta qoia deportatus, legetum esse inutile. Cum dicimus sole spectanda, hoc significamus, dum horum utroque legatarius fuerit civis Romanus, legatum eum capturum, quanvis intermediis temporibus fuerit deportatus, & postea restitutus. Idque est, quod dicitur, media tempore non nocere. *d. L. si alienum*. 49. §. 1. *L.* 6. §. *solemnis*. *D. de hered. instit.*

XIV. Interdum tamen etiam non capaci, puta deportato, qui alterutro horum temporum, vel utroque deportatus fuerit, legatum relictum ita valet, ut ne ea quidem tempora dum legatario noceant. Quo loco a superiore jure tria nobis legetorum genera excipienda sunt.

XV.

4) In puris scilicet legatis. In conditionalibus autem tantum existentis conditionis P. Greg. 42. *Synt.* 33. *n.* 2. Sed vid. *infr. Cap.* 13. *N.* 5. *& ibi not.*

5) Nam servo legatum, acquiritur domino. Quia igitur hic heres dominus, idem esset petitor, & debitor legati. Cujac. 2. ad *African.* in *L.* 107. §. 1. *de leg.* 1. P. Greg. 42. *Synt.* 33. n. 8. Exceptio tamen est in *d. L.* 107. §. 1. Servo proprio alteri legato legatur utiliter, quia tunc, quod servo legatum, non defertur ante, quam legatum ipsius servi delatum, & acquisitum fuerit legatario, cui deinde & id quod servo legatum erat, acquiritur. Cujac. *d. loc.* ubi & tradit, hodie servos omnia legata capere, quæ dominus eis sine libertate reliquit per *L. pen.* §. 2. *C. de nec. serv. her. inst.*

6) Quia hujusmodi legata sunt facti *L. pen. de cap. demin.* Et alii etiam servo, qui dominum habet, relicta, domino non præstantur, sed ipsi servo *L.* 9 *quand. di leg. ced.* Hot. *Ill. Q.* 41. Verum hoc non probat *d. L.* 9. sed immo contra evincit, si servus, die cedente, supersit, legatum domino acquiri. Et in *L.* 42. *de cond. & dem.* aperte di itur, non servorum hoc esse, sed domini legatum. Sane & servis propriis alimenta legari possunt; ut eorum sit legatum, ipsique ab herede, domino ipsorum effecto, præstetur *L.* 17 *de alim. leg.* Aliud autem est si legitur servo alieno *d. L.* 42. *d. L.* 9. Nec probo distinctionem Cujac. 2. *ad Afr. ad d. L.* 42. Si servus Titii simpliciter legetur, tum legatum videri domino; sin, nominibus servorum expressit, tum servis ipsis, & eorum morte finiri. Nam immo utroque casu & domino acquiritur, & servorum morte finitur. Cæterum & incestuosis alimenta relinqui possunt, *C. cum haberet de eo, qui dux. in matrim.*

XV. Primum est, si cui legatum sit in id tempus, cum capere poterit. Hoc quidem modo concepta heredis institutio valet. *L. in tempus. D. de her. inst.* Valebit & legatum eodem modo conceptum. Ut, si testator ita leget, illi quantam pecuniam capere poterit, dari volo. Ex hoc legato capiet pecuniam legatarius cum primum per leges capere posse cœperit, etiam si tempore testamenti, facti, & tempore mortis testatoris capax legati non fuerit. *L. si ita quis.* 51. *D. de leg.* 2.

XVI. Secundum genus est, si quid legatum sit sub alia quavis conditione, quæ modo post mortem testatoris exstiterit, cum jam legatarius legati capax esse cæpisset. Finge, legata decem deportato sub conditione, si navis ex Asia venerit. Si conditio exstiterit vivo testatore, incipit purum esse legatum. *L. si pupillus. D. de cond. inst.* Ideo & ad regulam superiorum pertinere, ut in eo an sit cum legatario testamenti factio, inspiciendum sit duobus temporibus: quo conditio exstitit, quasi legato tum primum relicto, & quo testator moritur. Quod si exsistat conditio post mortem testatoris, satis est, unum id tempus inspici, ut si [7] deportatus ante recepit civitatem, ad legatum admittatur. *L. eum qui.* 104. *D. de cond. et dem.* §. *an servo. Inst. de leg.* Neque nocebunt præcedentia tempora, quibus legati capax non fuit, ut solet in his legatis, quæ pure, aut in diem relinquuntur; quoniam ad ea pertinet regula Catoniana: ad conditionalia legata non pertinet. *L. pen. D. de reg. Cat.* Quod quid sit, dicetur postea in hujus regulæ explicatione.

XVII. Tertium genus est, cum ei, qui solidum capere non poterat, amplius legatum est, quam poterat capere, & is rogatus est legatum totum restituere alieri. Placet, hunc solidum capere posse. *L. cum ei.* 42. *D. de leg.* 2. *L. si fidei.* 28. *D. de leg.* 3. Nempe partem pro eo jure, quo capere ei licet; partem autem alteram pro eo jure, quo placet, legatarium legatum scindere non posse, ut partem velit, alteram nolit. *L.* 4. *D. de leg.* 2. Neque hic quisquam fieri quidquam existimet adversus legem, quæ legatarium solidum capere vetat. [8] Non enim videtur capere quisquam, quod alii restituere cogitur. *L.* 1. §. 1. *D. si quis al. test. pro. L. aliud est capere. D. de verb. signif.*

XVIII. Quod si quis sit, qui solidum capere non possit, frustra ei legetur, quamvis jubeatur is alteri restituere; cum nihil sit in hoc legato, quod jure suo possit capere. Sed secundo fideicommissario fideicommissi persecutio adversus heredem dabitur. De quo postea in ea parte, in qua quæritur, a quo legatum sit præstandum. Qui solidum capere non possint, dixi satis in heredum institutione.

CAP.

7) P. Greg. 42. *Synt.* 33. *n.* 3. Quæ de deportato post apertum testamentum. Nam si ante, per legem Papiam de Caducis, jam jus fisco quæsitum erat. Hodie autem post. L. Caducar. sublatas, distinctio hæc non obtinet, A. Fab. 1. *Jurisp. T.* 11. *Præscr.* 3. *Ill.* 2.

8) *L.* 51. *de R. I.* Effectum enim spectamus, & personam, cui acquisitum, non a quo administratum, & præstitum voluit testator. P. Fab. *ad d. L.* 51. vide & Cujac. *in Nov.* 129.

CAP. VII.

A quibus legatum fideivecommissum relinqui possit: Et in his de primo genere eorum, quibus testator quid dedit: in quo sunt heredes ab eo scripti, legatarii, fideicommissarii, donatarii, quibus donatum est mortis caussa, & debitor defuncti; tum istorum omnium heredes.

I. A Quibus quid relinqui possit, aut non possit, de his ita jus est, ut cui testator suprema voluntate nihil dederit, ab eo [1] nihil possit legare, aut relinquere per fideicommissum, quo eum rogando obliget. *L. ab eo. C. de fideic. L. 6. in fin. D. de leg.* 3. Contra autem relinqui possit ab omnibus, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non [2] adimitur. Sic enim hoc posterius Ulpianus delinit in *L.* 1. §. *pen. D. de leg.* 3. Quæ si definitio vera est, ut est verissima, hinc intelligimus, duo genera esse eorum, a quibus fideicommissum relinqui possit, proinde & legatum.

II. Unum eorum, quibus testator quid dedit, quod morte ejus ad eos perveniret.

III. Alterum eorum, quibus ideo dedisse videtur, quia his non ademit, quod supremo judicio illis adimere poterat. Quibus generibus qui contineantur, videamus.

IV. Et primo in genere hi habentur: heredes instituti; legatarii, seu fideicommissarii; tum istorum omnium heredes; donatarii, ad quos mortis caussa quid pervenit; & debitor defuncti tum, cum ab eo quid relinquitur, de quibus dicam ordine.

V. Primum ab heredibus institutis legari, & per fideicommissum relinqui posse plus quam certum est, cum his a testatore non una aliqua pars bonorum detur, sed universim ipsa hereditas. *d. L. ab eo. C. de fid.* Declarat definitio legati, qua dicitur, legatum esse donatio a defuncto relicta ab herede præstanda. §. 1. *Inst. de leg. legatum.* 116. *D. de leg.* 1.

VI. Neque solum ab heredibus nostris, quos nobis instituimus, relinquere omnes possumus: sed etiam potest pater ab heredibus, quos filio impuberi substituit. *L. ex duobus.* §. ultim. & *L. seq. D. de vulg. L. in ratione.* §. *quod vulgo. L. in duplicibus. D. ad leg. Falcid.* Et recte: etsi enim impubere, qui patri heres exstitit, ante pubertatem mortuo, substitutus ei sit heres, non patri. *Inst. de pup. in pr.* pater tamen ei hereditatem dedit, quæ & morte patris ad eum pervenit. *L.* 2. *de*

1) Re videlicet & effectu, si & ad eos pervenerit *L.* 78. *de leg.* 1. non colorate *L.* 3. §. 2. *de leg.* 3. vel in eventu ut in *L.* 70. §. 1. *de leg.* 2. judicio, non fortuito *L.* 6. *de leg.* 3. Chiflet. *Lib.* 1. *de Jur. Fideic. C.* 6. Hanc non potest relinqui ab iis, qui lege succedunt, etiam invito testatore, ut arrogatus, & patronatus, vid. aut. *Lib* 6. *C.* 17. *n.* 4. filius in legitima 32. *L.* 36. §. 1. *C. de inoff.* Matthaeac. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 1. *n.* 24. Aliquid intellige commodi pecuniarii. Hinc ab eo, cui libertas sola relinquitur, legari nequit *L.* 94. §. *ult. de leg.* 1. licet it onerari possit in modum conditionis, ac modi *l. l. D. de statulib.* Et cui adsignatus est libertus onerari nequit fideicommisso *L. assignare* 7. *de adsign. Lib.* Duar. *ad L.* 11. *de leg.* 1. *p.* 496. quia adsignatio jure relicti censeri nequit, cum adsignans disponat de homine libero, qui non est in commercio, nec legari potest; nec valeret ea dispositio, nisi SCto confirmaretur A. Fab. 1. *Jurispr.* 5. *Pr.* 2. *Ill.* 24.

2) Regula vulgata: Quem non honoro, nec onero vid. Vacon. 4. *Decl.* 55. Matthaeac. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 1. *n.* 19. *& seqq.* P. Anton. *de Petra. de Fideic. Q.* 5. *n.* 71. *& seqq.* ubi plures exceptiones refert, sed quæ regulæ, dextre intellectæ, non insunt, nec ei conveniunt. A tutore tamen etiam falso, & cui nihil datum, recte relinquitur; sed ut debeatur ceu a pupillo relictum *L.* 69. §. 2. *de leg.* 2. *L. etiam* 20. *C. de fideic.* Chiflet. *Lib.* 1. *C.* 6.

2. *D. de vulg. Inst. de pup. in pr.* Quinetiam si recte judicare volumus, cum filius prius heres exsistat patri, deinde filio substitutus: fit, ut substitutus per interpositam personam filii etiam patri sit heres, dum hujus hereditatem in hereditate filii inventam obtinet. *L. sed si plures.* 10. §. *filio. D. de vulg.* unde regula juris, heres heredis heres quoque est testatoris. *L. ult. C. de her. inst.* Et vero hanc solam soperioris juris rationem fuisse veteribus, ex eo intelligi potest, quod ita placuit ab impuberis substituto fideicommissum relinqui posse, si impubes sit heres iostitutus. Cæterum ab exheredati substituto inutiliter relinqui. *L. ab exheredati.* 126. *D. de leg.* 1. *L. ult. de leg.* 3. *L. cum quidam. C. de lega.* Atqui pater quamvis exheredato substituat, tamen semper substitutum heredem facit. *L.* 2. *D. de vulg.* denique dat sobstituto hereditatem. Esto, non suam, attamen hereditatem impoberis, quæ & morte patris ad substitutum pervenit, ut videatur superiore definitione Ulpiani effici, ab hoc quoque substituto relinqui posse, quia quid ei datur a patre. Sed non videtur dare pater, qui dat, quod soum non fuit: cum dare sit in aliquem quid transferre. §. *sic itaque. Inst. de act.* taotum autem quisque deferendo, tradendove transferre intelligatur, quantum ejus fuit, qui defert, aut tradit. *L. traditio. D. de acq. re. dom.* Omoinoqoe sic res habet, ut quod dicitur ab his relinqui possc, qoibus testamento quid datum est; vel ad quos morte testatoris aliquid pervenit, dom eis datur: sic acceptum sit, si testator quid dederit de suo, ut significatur in *L. in ratione.* §. *quod vulgo. circa fi. D. ad leg. Falcid.* Quominus autem relinqui possit ab exheredati substituto, facit etiam ea ratio, quæ recte in hac re a Justiniano usurpata videtur in *L. qui fundum.* 87. §. *qui filios. in fi. D. ad leg. Falcid.* nou enim convenit, inquit, ut plus juris circa personam substituti pater habeat, quam habuerat io filio, cui substituit. Sumptum ex regula juris, quæ dictat, eos qui io jus, & lucum alterius succedunt, eodem jure uti debere. *L. qui in jus. D. de reg. jur.* Constat porro ab exheredato ipso legatum dari non posse, ut cui pater nihil dederit. *d. L. ab eo. C. de fid.* Quo fit, ut nec dari possit ab exheredati substituto. Sed adeo placuit ab exheredati substituto relioqui nou posse, ut quanvis pater aliquid legaverit exheredato, tameo ne sic quidem placeat a substituto posse legari, etsi maxime rogetur substitutus idipsum corpus restituere, qood exheredato legatum erat. *d. L. qui fundum.* §. *qui filios. vers. nec huic contrarium. ad leg. Falcid. L. cum quidam. C. de leg.* Quasi scilicet oe hic quidem testator quidqnam legaverit a substitnto de sno, sed de eo, quod prius impuberis fuit. At enim si quid leget pater filio exheredato, receptum est, etiam ab eo bactenus relinqui posse. *L. coheredi.* §. *cum filiæ. D. de vulg. & pup. subst.* Sed non ideo efficitur, posse etiam tum relinqui ab ejus herede. Filio eoim legatario pater dedit de sno, at noo item ejus heredi: [3] cum, ut dixi, legatum quod ad eum perventurum est, obventurum sit de eo, quod jam impuberis esse cœperat. At etiam traditor in *L.* 5. §. 1. *de leg.* 3. a legatarii herede relictum fideicommissum valere. Sed adiicitur ibidem, benigoum esse id accipi. Hac adjectione admonemur, haoc seotentiam recipi posse in omoium aliorum legatorum heredibus; in filii impuberis exheredati, ejusdemque legatarii substituto locum nou habere. Hæc enim benignitas interpretationis admitti potest in aliis omuibus; in exheredati substituto non est admittenda, quoniam res odiosa est exheredatio, quæ ideo ioterpretatione non est adjuvaoda. *L. cum quidam. D. de lib. & post.* Sit igitur hæc summa, unumquemque utiliter legare ab herede a se iustituto, etiamsi erit substitutus heres impuberis, quem pater ei dederit: dummodo in hac specie sit & ipse impubes prius a patre iustitutus: exheredato eo inutiliter ab ejus substitoto relinqui.

VII.

3) Discrimen hoc non agnosco, omnino diversam rationem patent, ideoque & diversum jus legati uni heredum simpliciter relicti, de quo *supr. dd. LL.* & ejdem prælegati, seu legati præceptionis, de quo *d. L.* 75. §. 1. inter quæ discrimen esse probat *L.* 1. §. 6. *ibi ex causa præceptionis*, junctis illis verbis *ibi etsi alio genere legati. D. Quod Leg.* Et *L.* 19. *ad L. Falc.* ubi aperte sejungitur legatum datum heredi ab eo, quod præcipere jussus est. Legatum simpliciter heredi pro parte hereditaria inutile est. *dd. LL.* Prælegatum non æque; sed immo, nostro fatente *Lib.* 7. *C. C.* 25. *N.* 6. in eo duæ sunt partes: hereditaria, & quæ e coherede accipitur. Et partis illius hereditariæ ratione restitutionis ex SC. Trebelliano vel retentionis; (Nam interdum hereditate restituta, integrum retinetur, *d. C.* 25. *N.* 7. Totum igitur utile est) & ratione imputationis in quadrantem Trebel. *d. Lib.* 7. *C. ult.* plures sunt effectus. Legati autem simpliciter heredi relicti, siquidem heres exsistat, pro ea parte, qua heres est, nullus omnino est effectus. Dicitur enim inutile *L.* 18. *L.* 34. §. 11. *de leg.* 1. Quare in prælegato puto, quacunque ratione heres non exsistat, etsi ob repudiationem, semper partem alteram hereditariam non obtineri, quia videlicet non heredi non possit obtingere: in legato autem simplici semper integrum obtineri, si heres non exsistat, etsi alia, quam repudiationis causa, quia videlicet in eo legato nulla pars est hereditaria.

VII. Sed tamen & hoc ipsum, quod dicimus ab eo quem nobis heredem instituimus, legatum, & fideicommissum dari posse: sic accipiendum erit, dum ab eo detur alii. Cæterum heredi a seipso legari non potest; a coherede potest: hac lege tamen, ut quod in hoc legato accipit heres jure suo, id est hereditario, quia relinquitur ei a seipso, inutiliter legari intelligatur. *L. legatum.* 116. §. 1. *D. de leg.* 1. Effectus hic est, ut si duobus res sit legata, quorum unus heres institutus sit; quia ei a sametipso inutiliter legatur, ideo quod ei a semetipso legatum est, ad collegatarium pertineat. Ut, si proponas, duos heredes institutos, unum ex uncia, alterum ex duodecim unciis, & eis fundum legatum esse; unciarius heres undecim partes in fundo habiturus est, coheres unciam. Hoc in *L. plano.* 34. §. *si duobus, D. de leg.* 1. Qua ratione eveniet & in hac specie, ut, si duo sint heredes instituti ex semissibus, & fundus legatus sit uni, & item cum eo duobus extraneis: hic extranei vindicare possint ab herede, cui legatum est, totum semissem fundi: duas quidem partes semissis ex persona sua, cum hæ partes singulis legatæ sint; tertiam autem, quæ futura erat heredis, si legatum in persona ejus constitisset, accipiant jure accrescendi, cum effectum sit legatum in persona ejus non constitisse: reliqui autem semissis trientem, id est duas partes, ab alio herede vindicent: restet ejus semissis pars tertia, quam solam heres, cui legatum est, possit a coherede suo vindicare, dum scilicet duo extranei in legatum concurrent. Quæ sententia est paulo obscurioris loci, qui exstat in *L. legatum.* 119. §. 1. *de leg.* 1.

VIII. Quid tamen, si ex duobus heredibus, is, cui fundus legatus erit, heres non exstiterit? An quasi impedimento hereditatis sublato, quod ei obstabat, totum legatum capere poterit, id est, & quod a coherede, & quod ei a seipso relictum erat? An vero solum, quod ei legatum erat a coherede, quia quod ei a se relictum est, in persona ejus ab initio non constiterit: regula autem Catoniana vetet, quod ab initio non valuerit, id eventu confirmari? *L.* 1. *D. de reg. Caton.* 4) Distinguemus. Nam si hic heres, mortuo testatore, hereditatem repudiaverit, totum legatum capiet, etiam pro ea parte, quæ ei a se relicta est. Non enim dici potest ea pars heredi relicta esse a seipso, quem ex eventu heredem non esse apparuit. *L. qui filiabus.* 17. & *L. sequen. L. filio.* 87. *de leg.* 1. Neque impedimento est regula Catoniana. Nam ex hac regula, quæ legata ab initio non valent, ita demum inutilia sunt, si inutilia sint hac conditione, si statim testator decessisset. *d. L.* 1. *de regu. Caton.* At hoc legatum tale non est. Nam etsi testator statim decessisset, fieri potuit, ut is heres, cui legatum tum est, heres non exsisterut; ut sic ei non inutiliter relinqueretur. Atqui hoc in hac specie ita contingit: ut appareat, legatum ad regulam Catonianam non pertinere. Quod si heres, cui legatum erat, mortuo quidem testatore, desierit heres exsistere posse: non tamen quia hereditatem repudiaverit, sed quia decesserit ante aditam hereditatem, contra erit, ut indicatur in *L. miles.* 75. §. 1. *de lega.* 2. Tum enim quod ei a coheredibus legatum erat, ut ab initio constitit, ita & ad heredes ejus transmittetur, quia legatorum utiliter ab initio relictorum dies jam tum cesserat. *L. unica.* §. *in novissimo. C. de cad. toll.* At quod ei a se relictum erat, non transmittetur. Nempe ideo, quia pro ea parte, quæ ei a se relicta erat, legati dies non cesserat. Hæc enim ei utiliter relinquebatur sub conditione, si heres non esset. Quæ conditio, vivo eo, non exstitit. Porro, quod sub conditione legatum relictum est, non prius ejus legati dies cedit, quam conditio exstiterit: ne quidem, inquit Ulpianus, si ea conditio sit, quæ sit in potestate legatarii, qualis est superior. *L.* 5. *versic. sed si sub conditione. D. quan. di. leg. ced.*

IX. Etsi autem heredi a seipso legari non potest: a filio tamen herede etiam pure patri legari posse placuit; nec interesse, an, die legati cedente, in patris potestate sit, & jussu patris adita sit hereditas, an contra. *L. a filio.* 25. *de leg.*

4) Turamin. de Exeq. Leg. C 4. n. 13. Nam etsi, inquit, statim testamento facto, decesserit testator, tamen non certo futurum, ut legatum hic dominus, vel pater a se ipso acciperet. In ea namque causa est hereditas, ut non ante acquiratur domino, patrive, quam jussu illius servus, filiusve adierit. Fieri autem potest, ut alienet, vel manumittat servum, aut emancipet filium, antequam jubeat adire, ut ita non sit futurus heres simul, & legatarius. Quod si jussu ejus adierit servus, filiusve, tum legatum eventu inutile fit propter confusionem, & imputatur in Falcidiam quasi acquisitum jure hereditario, *d. L.* 25. *in fin.* Ita Turamin. & recte. Quare labitur hic noster in eo, quod nec eventu infirmari hoc legatum sentit, quod refellunt verba extrema *d. L.* 25. Nam si adeunte deinde filio, jure legati sibi a filio relictum pater consequeretur, non imputaret in Falcidiam, *L.* 91. *ad L. Falcid.* Atque sic etiam defendi potest, non esse negationem detrahendam Ulpian. l.l. 24. §. 24. ceu faciunt, Cujac. 6. Obs. 37. & Turamin. d. C. 4. n. 22. si ita interpretemur. *Legari non potest, & cujus in potestate est heres*, scilicet cum effectu non potest, si adhuc sit in potestate, die legati cedente.

leg. 1. Quod eo dicitur, cum de eo in proposito ex superiore regula posset dubitari. Etenim poterat videri in hac specie pater heres esse, utpote cui per filium acquiritur hereditas; proinde etiam esse is, de quo dici possit, ei heredi a seipso legari. Sed quod pater fit heres postea, id ex eventu accidit, dum & filius in potestate ejus est, & filium jubet pater hereditatem adire. Cæterum ab initio pater heres non est, & [5] multa incidere possunt, quamobrem ei postea hereditas non acquiratur: vel quod filius interim emancipetur, vel quod pater decedat prius, quam jubeat. Quæ omnia ostendunt, non posse dici hoc legatum ab initio relictum esse heredi a seipso, cum pater heres non fuerit; proinde & legatum ab initio in persona patris constitisse. Non potest autem, quod initio constitit omni ex parte, eventu infirmari. §. *furiosi. Inst. quib. non est per. fac. test.* Quod si a filio patri legari potest, consequens est, ut ab eo quoque legari possit omnibus, qui sunt in ejusdem patris potestate, & per quos patri legatum acquiritur: puta fratri ejus filii, vel filio ejus, vel servo patris. *L. quæsitum.* 91. *in pr. de leg.* 1.

X. Ejusdem generis cum heredibus sunt legatarii, & fideicommissarii, quibus item a defuncto quid dari constat, quod morte ejus ad eos perveniat. Ergo & ab his pariter fideicommissum relinqui potest. *Inst. de sing. reb. per fid. rel. in pr. L.* 5. *in pr. D. de leg.* 3. Hactenus tamen, ne ultra obligentur, quam acceperint. *L. si legatarius.* 8. *in prin. D. de leg.* 3.

XI. Atque ut ab herede, vel legatario fideicommissum relinqui potest, ita potest ab eorum [6] heredibus, utpote ad quos per interpositam heredis, vel legatarii personam hereditas, aut fideicommissum prius pervenit. *L.* 5. *de leg.* 3.

XII. Legatis comparantur mortis caussa donationes. *L. illud. D. de mor. cau. don.* Et quidem ita, ut legati appellatione contineri dicantur. *L. & fideicommissum.* 87. *de leg.* 3. Et merito: etsi enim in his donationibus vivus viventi donat: *L. senatus.* §. 1. *L. inter. D. de mor. cau. don.* tamen ita donatum, quasi suprema voluntate relictum esset, morte sola donatoris confirmatur; cujus in potestate est, dum vivit, id revocare, cum velit. *L. non videtur. D. eod.* Ideo exemplo legatorum etiam ab his, quibus mortis caussa donatum est, fideicommissum relinqui posse placuit. *L. cum pater.* 77. §. 1. *D. de leg.* 2. *L. ab eo. C. de fidei.*

XIII. Finitima est donationi caussa mortis, si superiorem exitum spectes, [7] donatio inter virum, & uxorem. Nam & hæc cum jure non teneat donatorem, quamdiu vivit: non revocata tamen, morte ejus confirmatur similiter ut fit in legatis, & fideicommissis. *L. cum hic status.* §. *ait oratio. D. de don. int. vir. & ux.* Quam ob caussam & fideicommissi partibus fungi, ideoque & ad *legem Falc.* pertinere dicitur in *L. in donationibus. C. ad leg. Falc.* Quapropter non dubitabimus ab his quoque quibus ita donatum est, fideicommissum relinqui posse.

XIV. Postremo in his, quibus quid datur, quod ad eos morte defuncti perveniat, est [8] debitor defuncti, a quo quid reli-

5) Ratio hæc non satisfacit. Eidem enim locus in hereditate. Nam & hæc substitutus percepit antea impuberis redditam. Ratio verior a JCto innuitur in *d. L.* 87 §. 7. *quia eo casu non hereditatis paternæ portio, sed legatum ad eum pervenit*: id est non æque uti heres heredis. *L. ult. C. de hered. instit.* Ita & legatarii, heres censetur testatoris.

6) Nec interest, proprio, an appellativo nomine graventur, ceu distinguunt DD. per *L.* 6. §. 1. *de leg.* 3. M. Ant. Peregr. *de Fideic. Art.* 1. *n.* 28. & Matthæus. *Lib.* 2. *Epil. Legat.* C. 1. *n.* 21. quos scite refellit Vacon. 4. *Decl.* 53. qui ad *d. L.* 6. §. 1. Resp. Ibi non proponi, Stichum factum heredem ipsius Seji, qui idem testatoris a Sticho legantis fuerit heres, sed *Stichum Seii* scilicet servum factum heredem alicujus tertii, puta Mævii. Quomodo enim alias jussu Seji domini ipsius hereditatem adire posset.

7) *Tex. in L. sequens* 68. *in fi. de leg.* 2. Licet enim inter vivos donatum acceptum sit, quia tamen donator potuit revocare, nec fecit, merito dedisse ei videtur cum moreretur per *L.* 32. §. 3. *de don. int. vir.* Scip. Gentil. 3. *de Don. int. vir.* C. 29. Diss. quodammodo Cujac. *Consult.* 20. *& Cons.* 30.

8) A. Fab. 4. *Conject.* 21. Ante D. Pium, inquit, si a debitore fideicommissum relictum, heres de suis actionibus in debitorem cedendis rogatus videbatur *L.* 108. §. 13. *de leg.* 1. ubi ab Africano refertur sententia Juliani, qui vixit tempore Adriani, ante D. Pium. Divus autem Pius induxit, ut fideicommissi nomine contra debitorem ex testamento, quis experiri possit *L.* 37. §. 3. *in fi. de leg.* 3. Et male igitur qui nunc dant optionem fideicommissario, an adversus debitorem agere velit, an adversus heredem ad cedendas actiones, cum immo heres nullas in effectu habeat, sed ipse agens doli exceptione removeatur *L.* 77. *de leg.* 2. Ita Faber. Sed neu ex *d.* §. 13. apparet, Africanum alterius magis, quam suam sententiam referre, neque sine vitio omisisset Africanus mentionem rescripti D. Pii, nec abolita sententia debuisset Pandectis inseri. Puto igitur recte DD. hanc electionem dare fideicommissario, cum quibus in ea quoque munit Cujac. 5. *ad Afric. ad d. L.* 108. §. 13. & sic expeditior via erit fideicommissi consequendi, & conservandi relicti. Potest enim interdum actio cessa ex contractu esse commodior honorato, quam actio ex testamento. Nec obstat ratio Fabri, quia immo actionum veterum contra debitorem hunc superesse heredi aperte habetur in *L.* 37. §. 3. *de leg.* 3. Et aliud est nullam esse actionem, aliud non efficacem *d. L.* 77. Nam actio in persona cedentis inefficax, potest esse efficax in persona cessionarii, de quo suo loco. Cæterum si, quod debituris fideicommitti potest, obstat *L.* 77. §. 5. *de leg.* 2. Resp. A. Fab. *d. C.* 21. & ante eum Hot. 1. *Amicab.* 14. pro *Fideicommissi non teneri*, reponunt *Fideicommissi nomine teneri*, quod error natus sit ex compendio scribendi, hac nota: *nomine.* Nec recte, inquit Faber, Castrensis negat, emptorem esse debitorem in *d.* §. 5. eo quod venditio nulla sit. *L.* 42. *de Usuc.* Nam cum quæritur, an emptor teneatur, id quæritur, an mulier possit petere ex caussa fideicommissi pretium venditionis. Petendo autem, nonne satis approbat alienationem. Et

relictum est. Unde & similiter fidei ejus commissum valere placuit, ut sic jam debitor non teneatur heredi, sed legatario. *L. si pecunia.* 77. *D. de leg.* 1. *L. cum quis decedens.* 37. §. *pater. in fi. de leg.* 3. Quid ergo est, quod huic debitori detur suprema voluntate, quamobrem fideicommissum ab eo ex regula proposita relinqui possit; Liberatio, quæ ex sententia testatoris huic debitori prius relicta intelligitur. Quod Ulpianus sic explicat in *d. L. si pecunia.* 77. fideicommissum, inquit, ex rescripto Divi Pii debebitur, quasi videatur heres rogatus remittere debitori. Nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest. Quæ res utile fideicommissum facit. Quod cum ita se habeat, ab omni debitore fideicommissum relinqui potest. Hæc ille.

Et si fideicommissum non valeret, dolo non faceret mulieri, venditionem irritam facere volens. Ratio autem cur doli exceptio locum habeat, quia duobus legatis relictis, si alterutrum onus habeat (ut hic fideicommissum pretii onus habet, na ab emptore fundus vindicetur) non potest unum, accepto altero, repudiari *L.* 5. §. 1. *de leg.* 2. Ita Faber. Sed puto, receptæ lectioni suum sanum constare sensum, hoc modo. Regula est: Emptor fundi dotalis alienati a marito fideicommisso gravari nequit. Ratio, ut verissime Castrensis, quia debitor non est. Si enim alienatio nulla, utique nec dominium in emptorem transit, nec ullus inde obligationis effectus. Nec refert, quod petendo pretium mulier approbet venditionem. Inde enim efficitur quod ex tempore approbationis, quæ petitioni consequens est, alienatio valere incipiat. Itaque emptor fieri incipit debitor non testatoris, sed mulieris. Atque ita legatum consequitur mulier ex testamento, pretium venditionis jure obligationis, cujus caussa e sa profecto est, non jure fideicommissi. Sequitur. Quid si venditionem approbare nolit, an legatum accipiet? Ratio dubitandi evidens. Negatur. Ratio decidendi, quia (ut hoc recte Hotom.) quæ viri judicium ex ea parte, qua lucrum capit, approbat, non debet ex altera parte oppugnare *L.* 7. *de bon. libert.* Falso autem Cujac. 5. *ad Afric. ad d. L.* 108. §. 13. in specie *d.* §. 5. emptorem prædii dotalis ipsi testatori omne prædium solvisse. Quod ipsa species §. perspicue refellit.

CAP. VIII.

De altero genere eorum, a quibus fideicommissum relinqui potest; in quo sunt, quibus testator aperte nihil dat, sed, quod poterat, non adimit: & qui in hoc numero habeantur. Obiter de sententia obscuri responsi Pauli *L. pen. D. de leg.* 1.

Qui sint in altero genere eorum, quibus datum videatur, quia non ademptum. I.

Sunt heredes legitimi tam remotiores, quam proximi, bonorumque possessores ab intestato vocati. II.

Item legitimi heredes impuberis a patre heredis instituti. III.

Item omnes, qui alio, quam hereditario jure bona defuncti occupant. IV.

Explicatio L. penult. D. de legat. 1. V.

Alio herede instituto, a legatario non recte relinquitur, præter quam si rogatus fuerit tanquam heres. VI.

Item in hoc secundo genere sunt ii, qui mortis caussa, quid capiunt; & qui nam hi sint. VII.

Item & ii, ad quos jure potestatis commodum legati, relictive pertinet. VIII.

I. AC de priore genere eorum, a quibus relinqui possit, satis. a) Alterum genus erat eorum, ad quos morte defuncti quid pervenit: non dum ipsis datur aperte, sed dum eis non adimitur. *d. L.* 1. §. *pen. de leg.* 3. Quod enim testator his adimere potuit, si non fecit, dedisse videtur, dum patitur apud eos manere. Similiter ut si rem a me tibi commodatam, aut depositam patiar, apud te esse ex ea caussa, ex qua tua esse potest, tuam efficio. *L. qua ratione.* §. *interdum. D. de acquir. rer. domin.* In hoc numero sunt legitimi heredes defuncti ejus, qui legat; itemque bonorum possessores, qui ab intestato vocantur ad ejus hereditatem. Sunt & legitimi heredes impuberis; hoc amplius & si qui sunt, qui alio, quam hereditario jure, bona defuncti occupant; præterea qui mortis caussa capiunt; postremo ii, ad quos jure potestatis commodum legati, relictive pertinet.

II. In primis heredes legitimi. Ita est: conceditur unicuique ab eo, ad quem legitima hereditas, vel bonorum possessio perventura est, fideicommissum dare. Nec inter-

a) Vid. Duaren. *ad L.* 11. *de leg.* 1. Ang. Matthæus *Lib.* 2. *Epil. Leg. C.* 2. *n.* 5.

interest * proximus sit heres, an inferior; natus, an postea nasciturus. *L. si fundum.* 92. §. *ult. de leg.* 1. *L.* 1. §. *pen. de leg.* 3. Quippe potuit testator hereditatem his adimere alium heredem sibi instituendo. Nam & sibi potuit alium heredem instituere, & quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. *L. quamdiu.* 39. *L. in plurium.* 70. *D. de acq. her*

III. Ab eo quoque, ad quem impuberis filii legitima hereditas, vel bonorum possessio perventura est, pater fideicommissum recte dabit, dum & filius impubes moriatur, & pater impuberem non exheredarit. *d. L. si fundum.* 92. *L. plane.* 94. *in pr. de leg.* 1. Eadem plane ratione, qua superius, quia pater filio impuberi, quem in potestate habet, alium heredem, quam legitimum substituere potuit, eoque & hereditatem, eamque suam dedisse videtur. Hoc ipso, quod alium heredem non dedit: dummodo tamen, ut dixi, filium non exheredarit. Nam ab exheredati substituto nihil relinqui posse supra diximus.

IV. Sed & ab omnibus, ad quos bona defuncti alio, quam hereditario jure perventura sunt, fideicommissum relinqui potest. Ut a fisco, si quis decedens sciat bona sua ad eum perventura tamquam vacantia; potuit enim defunctus efficere, ne bona vacarent, aliquos heredes instituendo, & his alios substituendo. *L. filiusfamilias.* 114. §. *qui intestato. D. de. leg.* 1. Ut a patre, a quo filiusfamilias miles, vel veteranus intestatus decedens quid relinquat, quoniam & hic alium heredem in bonis castrensibus instituere potuit. *eod. L. filiusfamilias.* 114. *in pr.*

V. Sane hoc loco an a postumo alieno, puta fratris filio postumo legitimo nobis herede futuro, fideicommissum relinqui possit, veteribus quæsitum est. Et exstat de hac re Pauli responsum paulo obscurius in *L. penult. D. de leg.* 1. in hæc verba: *a fratris postumo fideicommissum dari potest. Sola enim voluntas servatur in fideicommissis. Et obtinuit Galli sententia, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.* Quid valeant hæ rationes ad id efficiendum, quod proposuit, non solum non intelligetur, sed etiam videbuntur ad id plane ineptæ, & inutiles, nisi intelligemus, in his non directam confirmationem versari, sed occupationem, & refutationem esse eorum, quæ contra obiici posse videbantur. Ea autem erant duo. Primum quod postumo alieno olim legari non potuit. §. *postumo. Inst. de leg.* Sic enim consentaneum videbatur, ut nec ab eo posset legari. Nam ab eo legare possumus, cui & ipsi legare possumus: *L. ab eo. C. de fid.* Alterum illud, quod cum patruus a fratris postumo fideicommissum relinquit, tacite vult, eum postumum sibi heredem fieri; quia cum ei nihil aliunde relinquat, nisi ipse patruo heres esset, nihil posset patruus ab eo relinquere. *L.* 6. §. *ultim. D. de leg.* 3. Jam vero, ut olim jus fuit, postumus alienus non potuit heres institui. *d.* §. *postumo. Institut. de leg.* Quo effici videbatur, ut nec ab eo, tanquam herede nostro, posset relinqui. Has ergo objectiones Paulus ita removet. Postumo alieno, ut fratris filio, legari nihil potest. Esto, nihil possit legari. At ei fideicommissum relinqui potest: quoniam in legatis subtilitas juris: in fideicommissis sola voluntas defuncti servatur. Quod autem dicitur, dum patruus a fratris filio relinquit, videri, patruum velle, eum postumum sibi heredem esse, sane verissimum est. Neque ideo quidquam prohibet, quominus ab eo tanquam patrui herede fideicommissum relinqui possit. Postumi enim alicui institui a nobis heredes non possunt;

* Non tamen alii, quam qui rogati. Nec fideicommissum a primo gradu legitimorum relictum, præstari necesse est ab inferiore gradu, si ad eum devoluta sit successio. Unde si frater venturus ab intestato, fideicommisso in codicillis gravatus sit, & is repudiando locum faciat ulteriori, non debetur fideicommissum *L.* 1. §. 1. *pen. de leg.* 3. ubi negativa hæc lectio verissima, & certissima. Et non potest non displicere correctio Fab. 4. *Conject.* 15. negationem expungentis. Imo negatio si abesset vel ultro accersenda, & inserenda foret. Quomodo enim tenebitur fideicommisso, qui, non rogatus, a quo nihil relictum, immo cujus forte nulla mentio in ultima voluntate, & de quo ne cogitavit quidem testator, cum fidei committeret? Ac licet largiremur Fabro, quod & hic verum est, posse videri dedisse hunc testatorem, cui non ademit, cum posset: hoc tamen neutiquam verum posse videri testatorem & hunc fideicommisso onerasse, quem nec verbis rogavit, nec etiam de eo onerando cogitavit, cum verisimiliter sibi successurum non putaverit. Ac vel satis Faber refellitur, ex a se adducta *L. pen. D. de Jur. Codicill.* ubi similiter postumus non debet legata, quia eum non speraverat pater, nec poterat videri onerare eum voluisse, de quo nihil cogitaverit. Objicit Faber verba *d.* §. *pen* *ibi* *Imp. rescripsit.* Non tale, inquit, rescriptum exstat, sed contra: Repetita censeri a substituto quæ relicta ab instituto *L.* 74. *de leg.* 1. Nec ratio diversitatis, cur a substituto debeatur, a legitimo inferioris gradus non item. Resp. Immo maxima. Substitutus habet hereditatem ex judicio defuncti aperto, eumque is cogitavit, posse sibi succedere; Ideo enim substituit. At legitimo inferioris gradus obvenit hereditas non ex judicio testatoris, sed ex repudiatione proximioris. Objicit Faber Constitutionem illam tractam esse ad causam intestati *L.* 61. §. 1. *de leg.* 2. Resp. *d.* §. 1. loquitur de accrescente portione coheredis legitimi, qui in eodem gradu constitutus, cuique ideo æque ex judicio defuncti tacito hereditas obvenit. Denique merito mirandum, Fabrum hunc legitimum, qui rogatus non est, fideicommisso obstringi velle, cum tamen idem nihil ne ex apertissimis quidem conjecturis, nec sine consuetis fideicommissorum verbis unquam ea induci, licet falso, contendat. Vid. Not. *supr.* C. 2. *supr.* N. c.

sunt: [3] at legitimi nobis heredes fieri possunt. Id quod in proposito solum agitur. Hæc breviter, quod necesse esse videbatur ad enodandum Pauli sententiam. Hodie quæstio est supervacua. Nam & postumi alieni heredes institui possunt, & his recta legari, ut est constitutom. *§. postumo. §. postumus. Inst. de leg. Inst. de bon. pos. in pr.*

VI. Quod tamen dicitur ab herede legitimo fideicommissum relinqui posse, sic accipiendum est, nisi testator alio herede iostituto, relinquat ab herede legitimo, quem testamento prætcrierit. Hic placet, fideicommissum esse inutile. *L. 2. D. de leg.* 3. Et quidem ita, ut qnanvis casu factum sit postea, ut herede instituto deficiente, res rediret ad legitimum istum heredem, tamen nihilo magis fideicommissum ab eo debeatur; quia, ut est in *L. 6. §. ult. D. eod.* qui fortuito, & non judicio testatoris consequitur hereditatem, non debet onerari. Denique qui alio herede institnto, legitimnm heredem præteriit, tantum abest, ot legitimu quidquam dare voluerit, ut alinm heredem institnendo id egerit, quo ei hereditatem adimeret. Neque vero recipieodum est, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges, ut adjicitur in *d. L. 6. §. ult. de leg.* 3. Sed hæc ita aunt, si quis alio herede instituto, heredem legitimum nomine sun appellans roget, ut det. Diversom est, si roget ut heredem legitimom, aut in hunc casum, si sibi legitimns heres crit. Idquo vel specialiter, vel generaliter hoc modo: Quisquis mibi hares erit, Titio centnm dato. *L. ea quam. C. de fideic.* Nam hoc modo legitimus heres rogatur tanquam heres, & in hunc casuoı, si hereditas defuncti ad eum pervenarit. Qnod & ipsnm intelligitur fieri judicio testatoris, cujns in potestate fuit alioa heredes in locum priorum substituendo in infinitum, hereditatem adimere legitimo heredi; ut jam huic hereditatam dedisse videator, quia consulto non ademerit.

VII. Heredibus legitimis, & his, ad quos quovis jure bona defuncti intestati universa perveniunt, similes sunt, qui mortis caussa quid capiunt, ut quaotum hi ex hac caussa capiunt, pariter ab his tantum legari, & per fideicommissnm relinqui possit. Mortis caussa capitur, quod alicui conditionis a testatore injectæ implendæ caussa datur. Ut puta institutus quis est, fundus alicui legatus est, servus liber esse jussus est: omnia hæc si heres, legatarius, statu liber decem Titio darent. Si dederint, dicitur, Titius ea mortis caussa cepisse: scilicet quæ tanquam testamento data exigere non potuerit, quia conditio nihil ponit: *L. si quis sub conditione. D. si quis omis. cau. test.* sed taman, quæ si illi ultro data sint, verum sit, eum per mortis occasionem cepisse. *L. mortis caussa capitur. D. de mor. cau. don.* Hoc ergo dicimus, eum, cui pecunia conditioois implendæ caussa hoc modo data sit, rogari posse, ut eamdem pecuniam alicui restituat, & utile fore fideicommissum: nempe ideo, quia testator conditionem decem daodi extinguere potuit etiam codicillis, ut sic eam pecuniam adimeret Titio. Quod quia ooo fecit, videtur cam dedisse, quam noo ademit. Hoc Julianus ad istam sententiam in *L. quidam.* 93. *§. ult. D. de leg.* 1.

VIII. Postremo ad hoc genus pertinent, quibus judicio testatoris nihil datum est, sed cum aliis datum esset, dati commodum ad hos jure pertioet. Quo in numero sunt pater, & dominus, cum qoid filio, aut servn legatum est, quod patri, aut domiuo acquiratur. Itaque in hac apecie si quod filiofamilias, vel servo alieno legatum, vel si qua hereditas datur, fideicommitti patris vel domini potest. De quo Papinianus disserit in *L. cum filiofamilias.* 11. *D. de leg.* 1. Qui locus, quia obscurior est, & est cognitu dignissimus, visum est ejus explicationem adjicere, sed quam separatim proponam, eoque & in caput a sequenti proximum rejiciam, ne cœpta hoc loco tractatio de iis, a quibns relinqui potest, interrumpatur. Patri quidem, & domiuo, quos ante diximus, judicio testatoris nihil datur. *L. qui liberis. §. ult. D. de vulg.* sed ideo videtur dari, qua ipsis non adimitur; cum posset testator filio, aut servo adimendo, efficare, oa res ad patrem, dominumve perveniret.

CAP.

3) Loquitur enim *d. L. pen.* non de institutione postumi alieni, quasi Gallus eam induxerit, sed de successione ab intestato Duar. *ad L. Gallus* 29. *praescr. de Lib. & postum. f.* 353. Dissent. Forcat. *Dial* 8. *n.* 14.

CAP. IX.

A quibus fideicommissum relinqui potest in utroque genere superiorum personarum, ab his quantum relinqui possit. Et si quando placet tantumdem, quomodo sit fideicommissum æstimandum, ut sciri possit, plusne, an minus, vel tantumdem relinquatur.

Nemo supra id, quod accepit, onerari potest. I.
Ab heredibus legari non potest supra dodrantem. II.
Ab aliis vel totum *quod eis relictum, vel* tantumdem. III.
Interdum minus *esse in legato, quam verba relicti ostendant, interdum.* plus. IV.
Minus quando. V.
Quando plus; quove modo legatum æstimandum, ut sciatur, plus ne, an minus, vel tantumdem relinquatur. VI.

I. ATque hi sunt, a quibus quid relinqui potest. Quod eum fieri posse dicimus, nondum plena oratione utimur. Relinquitur enim adhuc, quod quæratur, & de quo hic caveri oporteat, quantum ab his relinqui possit; an quidvis, seu quantum libet; an minus: an saltem idipsum totum, quod his datum est, seu tantumdem. Et illud constare debet, si eum cui nihil dedimus, non possumus rogando obligare, *L.* 6. *D. de leg.* 3. consequens esse, nec [1] supra id, quod cuiquam legatum est, posse eum onerari, cum extra id, nihil sit legatum. §. 1. *Inst. de sing. reb. per fid. rel.*

II. Minus relinqui posse non dubitatur. Sed an potest idipsum totum, vel tantumdem? Et in heredibus testamento scriptis modus legatis præstitutus est, ut non possit legari ab herede supra dodrantem hereditatis. *L.* 1. *D. ad leg. Falc.*

III. Cæteris quibus quid testamento datum est, qua ratione rogari possunt, quia his quid datum est: eadem facit, ut quantum datum est, eatenus possint rogando obligari, ut vel totum id restituere rogentur, vel tantumdem. Neque hi juvantur beneficio legis Falcidiæ. Hoc enim proditum est heredibus propter onera hereditaria: ad legatarios vel fideicommissarios, quos ea onera non attingunt, non pertinet, *L. lex Falcidia*, 47. §. *ult. D. ad leg. Falc.*

IV. Quæ res hoc loco sæpe occasionem præbet quærendi, quantum sit in legato: dum hoc non satis certum est, & tamen prius constitui oportet, ut hoc ipsum sciatur, ampliusne aliquid, eoque & frustra; an vero tantumdem, & minus, eoque etiam utiliter a legatario, vel fideicommissario relinquatur. Et sciendum est, interdum minus esse in legato, quam verba relicti ostendunt, interdum plus.

V. Minus est, cum aliquid legatum est adjuncto aliquo onere: veluti, cum legatum est sub conditione dandi, puta si legatarius decem Titio daret. Nunquam amplius legatorum nomine ad quemquam pertinere videtur, quam quod deducto eo, quod explendæ conditionis caussa datur, superest. Ideo supra id frustra legabitur. *L. non amplius.* 26. *in pr. L. civitatibus.* 122. §. *ult. D. de leg.* 1.

VI. E converso plus est in legato, quam prima fronte verbis significatur, quoties legatarius quid præstare alteri jussus est sub conditione, aut in diem, & ante quam conditio exsisteret, aut dies veniret, fructus percepit ex re sibi legata. Placet enim hoc casu, in legato numerari non tantum rem ei legatam, sed [2] & fructus intermedii temporis, quibus auctus est. Finge, fundum legatum, & fructus ab eo perceptos ad centum aureos. In legato erunt & fructus, & centum. Atque eousque ab eo relinqui potest. *L. Imperator.* 70. §. *ult. D. de leg.* 2. *L. filiusfamilias.* 114. §. *apud. D. de leg.* 1. Similiter & si, centum legatis, legatarius amplius restituere rogatus sit post tempus, etiam usurarum medio tempore perceptarum additamentum admittetur, ait Papinianus in *d. L. Imperator.* 70. §. 1. *de leg.* 2. Sed adjicit ibidem, hæc ita esse, si pecunia conferatur cum re. Ut puta, pecunia accepta, rogatus est legatarius, rem propriam

1) *L.* 114. §. 3. *in fi. de leg.* 1. *L.* 1. §. 17. *ad Treb. & simil.* vid. Math. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 1. *n.* 26. *& seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 28. *n.* 7. A. Fab. 17. *Conj.* 7.

2) Non autem ei imputatur lucrum, sed deducitur, quod ex sua industria fecit vel collegit *d. L.* 70. §. 1. ut si rem pluris vendidit *L.* 3. *ad L. Falc.* P. Greg. *d. C.* 28. *n.* 7.

priam quanquam majoris pretii restituere. Putat Papinianus restituere cogendum. Ergone supra quam accepit, quod jus prohibet? Minime. Nam testator, legatis centum, si rnget fundum restitui, non videtur fundum pluris æstimasse. Itaque erit in potestate legatarii, si hanc æstimatiooem non probat, legatum repudiare: si agnoscit, [3] videtor & ipse eamdem æstimationem sequi, & in eam se obligare. Redditur hæc ratio in hac ipsa hypothesi in *L. sed si non.* 36. *D. ad leg. Falcid.* Proponit autem Papinianus, legatarium rogatum rem propriam restituere; quia si rogetur præstare rem alienam, [4] noo plus quam accepit, cogetur in eo ad redimendum impendere, ut traditur in *d. L. sed si non.* Quippe hic a legatario oon tam res aliena relicta est, quam ejus rei redemptio; ut sic non jam quantitas cum specie, sed quantitas cum quaotitate conferatur. Fingamus e converso, speciem cum pecunia conferri. Dicemus idem, quod supra, pecuniam scilicet a legatario relictam totam deberi, quanvis species ei legata multo minoris fuerit: quasi testator tanti æstimaverit speciem legatam. Ut, si testator fundum legaverit dignum centum aureis, & rogarit legatarium, ut Titio daret ducenta; legatarius fundum agnoscens, fideicommisso se obligabit. Hoc enim ejusdem rationis est, & quod hic quantitas cum quantitate non confertur, & quod testator, ut dixi, multo magis rem a se legatam tanti æstimasse videtur, probatur non obscure in *L. si minor.* 33. *D. de minor.*

3) Et per *L.* 24. §. 12. *de Fideic. lib* ubi & ratio ea, quia rem elienam non æque ut suam legatarius potest pro arbitrio æstimare A. F. *ad L.* 33. *de min.*

4) Ita & A. Fab. 17 *Conj.* 7. Quia specierum, pro temporum varietate, varie æstimatio: sibi imputet legatarius, cur rem non pluris æstimaverit. Et potest aliquando interesse, ejus fundum potius habere valentem 100. quam 200. in pecunia. Racta. Sed non debuit idem *in d.* §. 1. *in fin.* pro *si* emendare, *nisi*, quasi ibi tradatur exceptio? ubi omnia emolumenta, etiam eliena a legato. Quæ, ejus occasione, consequutus est sua industria, afferat. alioqui enim scribendum fuisse, *etiamsi* vel, *nec si.* Sed hoc non est ferendum, neque vera est hæc exceptio. Semper enim superiori rationi locus. Nec possunt alia dici, *legatorum nomine*, percepta, quam quæ ex rebus ipsis, non quæ occasione illarum. Neque ne inconcinna scriptio Nam in vers. *Non enim*, non tam confirmat JC. sententiam suam ex æquitate, quam certe potius juris rationi innititur, quam reprobat contra sentientes prætextu æquitatis, quam ia dicit rationi juris non adversari. & ideo decisionem licet non sit ex æquitate præter juris rationem, non tamen æquitati adversari.

CAP. X.

Ad L. cum filiofamilias, 11. D. de leg. 1.

Explicatio L. cum familias, 11. de legat. 1. I. *& seqq.*

I. INitio regula juris ponitur, quam supra attigi. Est autem hujusmodi. Cum filiofamilias vel servo alieno legatum vel hereditas datur, fidei patris, vel domini committi potest. Sic enim legendum est, ut in *Pand. Florentinis*, non autem ut in aliis exemplaribus quibusdam, fideicommitti patri vel domino potest. Ut enim legare quid alicui est non ab eo, sed ei legare: sic & fideicommittere alicui est, fideicommissum noo ei, sed ab eo relinquere. Papinianus autem hoc sentit, cum filiofamilias vel servo alieno legatum, vel hereditas datur, posse a patre, vel domino fideicommissom relinqui, ut fieri posse declaratur io *L. si alienus*, 62. *D. de leg.* 2. & aliis aliquot locis, quos Accursius citat in glossa. Atqui hoc est fidei patris vel domini committere, si quid fidei eorum committitur, ut dent faciant, id est, si quid ab his relioquitor. Jam de regula ipsa, quam vera sit, & quam rationem habeat, paucis cognoscamus.

II. Et habet regula eam rationem, quam supra posuimus, ut quoniam ab his relinqui potest, non solum quibus dedimus, sed etiam quibus cum adimere possemus, non ademimus; *L.* 1. §. *pen. D. de leg.* 3. idcirco relinqui possit a patre dominove, quanvis nihil his dederimus, si modo datum sit filiofamilias, vel domini servo. Sic enim fit, ut his datum, cum per eos acquisitum fuerit, tum deiode per eos patri vel domino acquiratur. *L. placet. D. de acq. her. L. acquiruntur. D. de acq. rer. do.* Quod tale futurum est, ut patri quoque vel domino testator videatur dedisse, quia non ademit. Potuit enim legatum filio, vel servo datum, his adimere, atque ita efficere, [1] ne legatum per eos

1) Et potuit filiofamilias vel servo ita legare, si liber, vel sui juris factus sit *L.* 19. *Quan. di. Leg.* Duar. *ad h. L.* 11. ubi patrem ex judicio defuncti venire probat ex *L.* 40. *de her. Inst. L.* 38. *de acq. her. &c.* & *L.* 8. §. *ult. de vulg. & similes Tex* ubi negatur ex judicio venire pater. Resp. Duar. judicium ibi significare expressam voluntatem, quæ hic non est, adest tamen tacita.

eos ad patrem, vel dominum perveniret. Hinc apparet, quod in persona filiifamilias generaliter dicitur, dictum huc esse ex jure vetere, quo placebat, quod per filiumfamilias acquireretur, id acquiri patri, excepto peculio castrensi & quasi castreosi. *d. L. placet. de acq. her.* §. 1. *Inst. per. quas pers. nob. acq.* Hodie sic accipiemus, si legatum vel hereditas data sint filiofamilias contemplatione patris. Quo casu etiam hodie per filium ista acquirantur patri. De quo dicetur suo loco.

III. Sed nondum satis videtur ad regulam superiorem constituendam quod dicimus filiofamilias vel servo datum, videri patri, vel domino datum esse quia ad eos pervenit, & testator dedisse his videtur, quod his cum posset, non ademit. Proponuntur enim alibi exempla de his, quibus, quod aliis datum erat, per interpositam istorum personam acquiritur. De quibus tamen respondetur, ab his relinqui nihil posse, tantum ideo, quia legatum ad eos directo non pervenit, sed per successionem. De quo exstat responsum Scævolæ in *L. ult. in pr. D. de leg.* 3. in hæc verba, *Si pater exheredato filio substituit heredem extraneum, deinde ille extraneus hunc filium heredem instituit, & heres factus intra pubertatem decedat: puta a substituto ei filio* (idest ab eo, qui ei filio substitutus est) *omnino legata præstari non debere*; *quia non directo, sed per successionem ad filium hereditas patris pervenit.* Hæc Scævola. Congruit *L. qui fundum.* 87. §. *qui filios. D. ad leg. Falc.* Dicimus, nihil obesse superiori regulæ hoc exemplum, & si qua sunt similia. Non enim in his responderi ideo nihil posse relinqui ab eo, ad quem res testatoris per interpositam personam pervenit, quia non pervenit directo, verum per personam interpositam alterius: sed ideo non posse relinqui, quia quæ res testatoris ad eum pervenit, non pervenit judicio, & voluntate testatoris, sed casu. Et res ita habet. Quod enim superiore specie hereditas patris ad filium pervenit., non eo factum est, quia pater in eadem voluntate manserit; cum [2] potuerit accidere, ut quanvis pater substitutionem non revocaret, tamen substitutus non institueret heredem impuberem; sed accidit eo, quod substitutos sua sponte cum instituerit. Quod tamen cum tam non accidere potuerit, quam accidere, merito casu factum dicimus; non voluntate testatoris, qui fortasse nihil tale exspectavit; certe de eo nihil rogavit substitutom. At cum testatur legat quid filiofamilias, vel servo alieno: si hi in eadem conditione, & testator in ea voluntate manet, certum fit, legatum ad patrem vel dominum perventurum. Quod cum sciat testator: si in eadem voluntate perseverat, negari non potest, judicio ejus certo fieri, vel legatum ad patrem vel dominum pertineat hoc ipso, quod filio vel servo non ademit.

IV. Hoc de regula superiore initio præfandum fuit, ut, hac bene constituta, procederet, deinceps, quod sequitur. Postquam igitur [3] filiofamilias herede instituto, potest a patre, cui per filium hereditas acquiritur, fideicommissum relinqui, tractat Papinianus, utrum hoc fideicommissum ex persona patris rogati vires capiat, an ex persona filii instituti, qui rogatus non est. Quod tantumdem valet, atque si quæreretur, utrum fideicommissum valeat, & præstetur tanquam ex persona patris, an vero tanquam ex persona filii. Id enim significat Papinianus, cum subjicit, patrem in hoc fideicommisso ex sua persona teneri. Quod & ipsum si est obscurius, sciamus, eodem interprete Papiniano utrumque hanc significationem habere, quasi quæreretur, utrum pater quasi pater ex persona sua teneatur, ut qui ex persona sua non sit heres; an vero teneatur quasi heres, ut qui sit heres saltem ex persona filii. Respondet Papinianus ex hac distinctione. Ut si pater rogatus sit restituere extraneo fideicommissum vires capiat ex persona filii, non patris; & quod idem est, fideicommissum pater præstet ex persona filii heredis, non sua quasi pater. Sin rogatus sit pater restituere filio, idest, ei per quem patri commodum hereditstis acquiritur: tum fidei-

2) Ita & Cujac. 2. *Obs.* 32. Cum quo tamen nolim in *d. L. ult pr.* deleta vocula, *substituit*, legere, *instituit.* ut nec cum A. Fab. 70. *Error. Pragmat.* 8. voculam, *substituit* expungere. Neque tamen ideo cum Accursio dico, patrem dedisse filio exheredato duos substitutos, quod commentitium esse recte Cujac. Verum hoc puto, quæri ibidem non an legata sint præstanda a substituto filii, qui in specie *d. L. ult. pr.* nullus extitit. Proponitur enim substitutum ante filium decessisse, & filium substituto sibi e patre dato heredem ex institutione illius effectum, Sed an legata a patre testatore ab instituto, qui idem filio substitutus scriptus, relicta in secundis tabulis (Nam quæ in primis tabulis ab eo tanquam instituto reliquit, ea, hereditate adita, tanquam onera ejus necesse est, si nondum præstita fuerint, moriente, ad quamvis illius successorem transire) debeat præstare filius exheredatus, &c.

3) An relicta filiofamilias hereditate, pater vere heres an filius, quærit Duar. *ad h. L.* 11. *f.* 500. ubi, relatis argumentis utriusque partis, definit, subtilitate neutrum esse heredem: nec patrem, quia non scriptus, nec filium, quia sibi non acquirit per §. *ul. I. de her. qual.* Hot. 1. *Amic.* 22. patrem, cui per filium acquiritur hereditas, vere non esse heredem, (quia institutio facit heredem, non emolumentum) *L.* 44. *de cond. & dem.* sed cum adjuncto dici heredem per filium *L.* 6o. *de leg.* 2. *L.* 8. §. *ult. de vulg.*

fideicommissum contra vires capiat ex persona ipsius patris, idest, id fideicommissum præstet pater non jam tanquam heres, sed [4] tanquam pater. Itaque in illis verbis, quæ sunt in principio, *ac tunc demum ex persona ipsorum*: hoc verbum, *ipsorum*, ad personas patris, & domini, qui proxime appallati erant, referri debet, non ad personas filii, & servi, quæ verba, ut initio posita, absunt longius.

V. Sed quorsum, dicat aliquis, hoc quæri, utrum pater in proposito fideicommissum restituat, tanquam pater, aut tanquam heres, aut quam effectum id habet? Declarat statim Papinianus, cum ita subjicit: denique Julianus non in subtili ratione motus patrem, cujus filius heres institutus est, extero quidem, habita ratione legis Falcidiæ restituere hereditatem respondit: quoniam ex persona filii teneretur. Ipsi vero filio non admissa Falcidia, quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset. Ac pater non ut heres, sed ut pater rogari videtur. Hæc Papinianus. Quibus verbis, & superioris definitionis usum ostendit, & distinctionis ea comprehensæ rationem explicat.

VI. Usus, quem dixi, per se patet. Distinctionis ratio non ita est expedita. Quamobrem & nobis explicanda est. Cur enim pater extero restituere hereditatem jussus, retinet quartam ex lege Falcidia, idest ex senatusconsulto Trebelliano, quod quartam hanc ad exemplum legis Falcidiæ induxit? §. *sed quia heredis. Inst. de fid. her.* retinet autem ideo, quia pater ex persona filii tenetur? Eo fit, quia qui tenetur ex persona filii, is re ipsa, & jure ipso est heres. Sic enim filius exsistit heres, ut hereditatem statim acquirat patri. *L. placet. D. de acq. her.* Quæ acquisitio per filium contingens, simul patrem per filium, heredem facit. *L. qui liberis.* 8. §. *ult. D. de vulg. & pup. subst.* Jam vero quartam de legatis, & fideicommissaria hereditate ex lege Falcidia, & senatusconsulto Trebelliano retinere potest heres, & is solus. *L.* 1. *in pr. ad leg. Fal.* §. 1. *&* §. *sed quia. Inst. de fid. her.* Merito igitur & patri heredi facto hæc retentio ex lege datur. At cur hoc mutamus, cum pater rogatus est restituere filio, dicimusque patrem in hac restitutione Falcidia non usurum, seu quartam ex lege Falcidia non retenturum, quia jam pater ex persona sua rogatus, intelligatur tanquam pater, non ex persona filii tanquam heres? Etenim cum sit idem pater, & is, qui utroque casu hereditatem per filium quæsitam habeat: cur illic habeatur heres; hic contra veritatem naturæ non habeatur? Id Papinianus sic explicare videtur. Innuit enim eo fieri, quia cum pater rogatus est filio hereditatem restituere, quam per eum quæsiverat, necesse sit patrem ex hac caussa filio obligari aut ex persona filii, aut sua. Atqui ex persona filii obligari non posse Papinianus pro certo sumit. Et recte; prius enim fuisset, ut filius sibi ipsi obligaretur, quam ut pater ex persona ejus eidem obligaretur. Nemo autem sibi ipsi obligari potest; nemo sibi ipsi esse creditor, & debitor. *L. Stichum.* §. *aditio. D. de solut.* Quo fit, ut in proposito pater ex persona filii non obligetur. Relinquitur igitur, ut obligetur ex persona tantum sua, eoque tanquam pater, non tanquam ex persona filii heres. Quo posito, jam illud consequens est, de quo quærebatur, patrem hoc casu quartam de hereditate non detracturum; quia ut ex lege Falcidia de legatis, ita ex senatusconsulto Trebelliano de fideicommisso hereditatis quartam retinet solus, qui est heres, ut ante dixi. *L.* 1. *D. ad leg. Falc.* §. *sed quia heredes. Inst. de fid. her.*

VII. In his tria sunt, de quibus possit dubitari, quæ breviter expedire conabor. Ait Papinianus, cum hereditas per filium patri quæsita est, aut per servum domino, & pater, dominusve rogatus est restituere extraneo: fideicommissum vires capere ex persona filii, & servi. Negari videtur in *L. si alienus.* 62. *D. de leg.* 2. Ubi si servus heres institutus jussu domini non adeat, sed adeat manumissus, respondetur, servum fideicommissu, quod a domino relictum erat, non teneri. Si non tenetur, fideicommissum utique ex ejus servi persona non consistit. Sed Papinianus de filio, & servo adeunte, & hereditatem patri, dominova acquirente loquitur: quo tempora ut hereditas acquiritur patri vel domino, ita & fideicommissum ab his relictum valet: ut tum merito quæratur, ex cujus persona viros capiat. Filio autem, vel servo hereditatem patri, vel domino non acquirente, non potest dici fideicommissum a patre, vel domino relictum, ex hujus, aut illius persona

4) Tanquam quilibet alius, ad quem ex defuncti hereditate commodum pervenit, qui fideicommisso onerari potest, quartam autem non detrahit Hot. 1. *Amic.* 22 Non tum sustinet personam filii, ut heredis loco omnia gerat, sed ejus, qui ratione potestatis relicti filio emolumentum sibi acquirit. Robert. 2 *Sent.* 8.

sua vires capere, cum fideicommissum non constiterit.

VIII. Ait deinde Papinianus, patrem restituere jussum filio hereditatem, quam per filium quæsierit, ipsi restituere debere non admissa Falcidia. At filiofamilias a patre restitui non potest hereditas; quoniam restituta, statim rursum acquiretur patri. *L. placet. D. de acq. her.* [5] Sed intelligendum est, recte restitui hereditatem filio, non utique tunc, cum in potestate est: sed tunc, cum sui juris esse cœperit, morte patris, vel emancipatione, ut hujusmodi fideicommissum in id tempus dilatum intelligatur, quo fideicommissarius capere poterit. *L. ubi* 19. *D. ad Treb.* Nihil quidem de eo exprimit Papinianus; sed satis significat, cum fideicommissum restitui dicit. Restitutio enim utilis accipienda est, quia inutilis non sit restitutio; & semper verba cum effectu accipienda sunt. *L.* 1. *in fi. D. quod quis. jur. L.* 5. §. 1. *D. ne quis eum, qui in jus voc. est, vi exi.*

IX. Postremo ait, patrem filio restituere jussum, non ut heredem, sed ut patrem rogari videri. Atqui patrem, quæsita ei per filium hereditate, semper heredem esse constat. Heres nominatur in *L. qui liberis.* 8. §. 1. *D de vulg. L.* 2. *L.* 3. *D. de her. pet.* Quidni? is enim heres est, qui hereditatem obtinet, seu qui hereditatis est dominus. *L. his verbis.* 48. *D. de her. inst.* Pater autem, quæsita per filium hereditate, hereditatem solus obtinet, ut cui ea statim acquiratur. *d. L. placet. de acq. her.* Et observandum est, Papinianum non negare, patrem hunc vere esse heredem; sed hoc dicere, non ut heredem rogatum videri. Quo significat, ita eum jure esse heredem, ut tamen testator nolit eum in hac specie pro herede haberi ad hoc, ut Falcidiam tanquam heres retineat. Voluntas testatoris inde intelligitur, quod non potuerit in hac restitutione obligari filio ex persona filii, ejusdemque heredis, ut supra ostendi. Ex quo relinquitur, ut ei obligetur dumtaxat ex persona sua, id est, tanquam pater.

X. His ad extremum Papinianus consequens esse ait, ut si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se pervenit ex hereditate, vel legato filio relictis restituere, isque vivo patre decedat, omnimodo pater id sit retenturus; quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit. Quod ait, patrem hoc casu, quod ad se pervenit, retenturum, dubitationem non habet. Rogatus enim post mortem suam restituere, intelligitur rogatus restituere, cum decesserit; proinde sub conditione, si decesserit. *L. heres meus.* 79. §. 1. Certi autem juris est, si fideicommissarius, qualis fuit in hac specie filius, pendente conditione decesserit, eum ad heredem suum nihil transferre; atque adeo intercidere legatum. *L.* 5. *D. quan. di. leg. ced. L. intercidit.* 59. *D. de cond. & dem.* Quod si ita est, necesse est, rem hereditariam, aut hereditatem ipsam, quæ per fideicommissum non fuit heredi adempta, perpetuo apud heredem manere.

XI. At illud habet dubitationem, quod Papinianus ait, ideo patrem in proposito legatum, aut hereditatem retenturum, quia fideicommissum ex persona patris vires acceperit. Minime vero, dicet aliquis, hæc istius retentionis ratio est. Nam etsi rogatus esset pater restituere hereditatem [6] extraneo eadem conditione, id est, post mortem suam, & extraneus vivo patre decessisset, tamen eodem modo pater hereditatem retineret; neque quidquam deberetur extraneis heredibus, quia fideicommissarius, pendente conditione, decessisset. *d. L. heres meus.* 79. *de cond. & dem.* Atqui, cum pater rogatur restituere extraneo, fideicommissum vires non capit ex persona ejus, sed ex persona filii, ut ante aliquoties diximus. Certum igitur argumentum, hoc est, non ideo in proposito istam retentionem patri concedi, quia ex persona sua pater obligetur, seu quia ex persona ejus fideicommissum vires acceperit.

XII. Et hoc in extranei fideicommissarii persona ita se habere fatendum est. Diversum, si pater rogetur post mortem

suam

5) Ita & Cont. 1. *Disp.* 1. late Duar. *ad h. L.* 11. *f.* 497. *& seq.* Sed hanc conditionem in fideicommisso filiofamilias relicto a patre præstando, non debere subintelligi contendit Vacon. 4. *Decl* 67. sentiens, eo casu filiumfamilias esse acquisitionis capacem. & ponit duas regulas. (1) Quicquid filius ab alio acquirit, acquirit patri. (2) Quicquid filius ab ipso patre acquirit, illi non re acquirit (ut loquitur.) Sed hæc satis confutentur ex peculii profectitii conditionibus, & ut somnia exploduntur a Duareno *ad h. L.* 11. *f.* 497.

6) Cujacius 10. *Obs.* 38. In legato quidem convenire filium cum extraneo, si videlicet legatum filio, rogetur pater, cui per eum quæsitum est, restituere post mortem. Sive enim filio ipsi, sive extraneo, moriente interim, fideicommissum remanere apud patrem, quia neutro casu debuit ut heres (cum nec filius per quem obvenit sit heres) sed uno, ut pater, altero, ut legatarius. In hereditate autem discrepare. Herede instituto filiofamilias si pater rogetur post mortem hereditatem restituere extraneo, eo interim moriente, fideicommissum quasi caducum redigi in fiscum. Contra si filio ipsi, eo moriente, id patrem retinere. Ratio differentiæ: Huic debet ut pater, illi ut heres. Onus autem caduci tantum irrogatur heredi. Et Cujac. laudat Fachin. 5. *Contr.* 56. Aliter Robert. 4. *Sent.* 8. Cont. 1. *Disp.* 1. Goveau. 2. *Var. Lect.* 31.

suam filio suo restituere. Tum si filius vivo patre moriatur, non ob aliam caussam dici potest pater hoc casu hereditatem retinere, quam quod ex persona sua rogatus intelligitur. Nam si pater in proposito ex persona filii obligatus intelligeretur, sic acciperetur fideicommissum, quasi id relictum esset pure, ejus autem solutio, seu acceptio dilata esset in diem mortis, seu in ejus temporis conditionem. Filius enim ex persona sua pure institutus est, pure hereditatem accepit; solutio, seu restitutio hereditatis in diem mortis paternæ dilata. Quoties autem pure quid relictum est, & solutioni tantum dies incertus, aut conditio injuncta: placet, relictum non esse conditionale, sed tale, quod dilationem tantum habeat. *L. ex his. C. quan. di. leg. ced.* Id quod si in proposito admitteremus, dicendum esset, quanvis filius vivo patre decederet, tamen patrem hereditatem non retenturum, sed fideicommissum heredibus filii debiturum, quia filius, die fideicommissi cedente, decessisset. *d. L. ex his, C. quand. di. leg. ced.* Quod cum hic contra fieri dicamus, omnino retentionis istius paternæ caussa esse non potest, quod pater rogatus sit fideicommissum restituere ex persona filii. Ex quo relinquitur, ut hæc caussa sit, quod rogatus sit ex persona sua. Atque hoc posito recte defenditur, fideicommissum esse conditionale, eoque & filio pendente conditione mortuo, legatum intercidere, & rem a patre retineri.

XIII. Nunc rem totam, & sententiam responsi in pauca conferam. Si pater, cujus filius erat ab alio institutus, rogatus sit hereditatem sibi per filium quæsitam restituere extraneo: pater fideicommissum ex persona filii heredis debere intelligetur. Ex quo duo efficiuntur.

XIV. Primum, ut quo jure uteretur filius heres in hereditate restituenda, si ipse rogatus esset, eodem jure & nunc utatur pater in ea restitutione, qui filii heredis personam sustinet. Retineret autem filius heres quartam ex lege Falcidia, & senatusconsulto Trebelliano. Quare & in hac specie pater retinebit.

XV. Alterum est, ut si pater, qui rogatus erat, hereditatem per filium non quæsierit, sed filio emancipato quæsita sit: filius nihilominus obligetur fideicommisso, quanvis ipse rogatus non sint, sed pater. Quia scilicet pater non quasi pater, sed quasi heres rogatus sit; ut sub persona ejus & filius vere heres rogatus intelligatur. Quod si pater rogatus sit restituere hereditatem ipsi filio: tum fideicommissum valebit ex persona patris, non filii, fideicommisso pater tenebitur ex persona sua, non filii. Ex quo rursum effectus duplex.

XVI. Prior hic, ut cum tanquam heres non teneatur, nec in eo utatur jure heredis, eoque nec quartam ex fideicommisso retineat.

XVII. Alter, ut si pater rogatus sit post mortem suam filio restituere, & filius ante decesserit, pater hereditatem retineat. Quod futurum non erat, si quasi ex persona filii fideicommissum valeret. Tum enim, quasi ex persona filii rogatus esset, videretur, hereditas prius pure data, deinde restitutio delata in diem mortis patris. Cujusmodi dilatio non injicit conditionem fideicommisso. Cui consequens est, ut quandocumque filius decedat, fideicommissum mortuo patre debeatur filii heredibus; quia, die fideicommissi cedente, filius decesserit. Quod ita dicimus, si quidem filius heredem habebit. Quod ita fieri potest, si filius a patre emancipetur, aut aliter e potestate exeat, ac deinde decedat. Alioqui, filiofamilias mortuo, æque pater hereditatem retineret, cum filiifamilias bona pater tanquam peculium occupet. *L. 2. D. de cas. pec.* Nisi filius habeat liberos. Hos enim ad successionem legitimam patris, quanvis filiifamilias admittit, & quidem solos. *Novel. de her. ab int. veni. §. 11. 8. §. 1.*

CAP.

CAP. XI.

Quæ res dari legari possint.

I. Constat legatum personis. Constat & re, quam præstari oporteat. Dixi de personis, in quibus recte consistat. Nunc dicam ordine de rebus, quæ recte dentur, legentur, ut ab his quoque consistat sive legatum, sive fideicommissum.

II. *Rem* nunc voco generaliter, quidquid est, quod defunctus hic præstari voluit.

III. Cujusmodi rerum genera duo sunt: *res*, quæ proprio, & specialiter ita dicuntur, & *facta*.

IV.

IV. Res, quæ legantur tum corporales, tum incorporales.

V. Facta, quæ testator fieri jubet in alterius gratiam, genera eadem, quæ & in stipulationem deduci dicuntur in §. *ult. Inst. de ver. obl.* Ac de his distincte dicemus.

VI. Rerum, quæ legari possint, hæc summa descriptio est, ut possint legari, quæ [1] natura parari possint; quas easdem alienari jus non prohibeat, simul quæ legatæ, utilitatem aliquam legatario adferant. Horum unum aliquod si desit, res in ea caussa est, ut frustra legetur. Ergo earum rerum, quæ legari, fideivecommitti non possunt, tres sunt ordines. Primus earum, quæ natura parari non possunt. Secundus earum, quas jus alienari prohibet. Tertius earum, quæ legatario sint inutiles. De quibus ordine videamus.

VII. Primus ordo eas res continet, quæ in rerum natura non sunt, nec esse possunt, ut nec si velimus, & jus concedat, haberi possint: veluti si legetur bos, vel Stichus, qui mortui sint, aut [2] Hippocentaurus, qui esse non possit. Earum quidem rerum stipulationem inutilem esse placet. *Inst. de inut. stip. in pr.* Et placet ideo, quia res hujusmodi dari non possunt; impossibilium autem nulla obligatio est. *L. liber.* 103. *D. de ver. obl. L. impossibilium. D. de reg. jur.* Sit igitur eadem ratione & istarum rerum legatum inutile, in quo & hoc ipsum agitur, ut quod legatum est, detur. Et vero id ita est. Exemplo est ususfructus, quem quis cum haberet, eum legavit. De quo respondetur, nisi is, qui legavit, postea proprietatem fundi nactus sit, inutile esse legatum. *L. quod in rerum.* 24. §. 1. *D. de leg.* 1. Cur ergo inutile? quia moriente testatore, ususfructus hic esse desinit. Morte enim fructuarii finitur ususfructus. *L.* 3. §. *ult. D. quib. mod. ususf. amit.*

VIII. Dixi, res, quæ in rerum natura non sunt, nec esse possunt; quia quod in rerum natura adhuc non sit, futurum tamen sit, legari potest: veluti, [3] si partus futuræ ancillæ, si vinum, si fœtus pecorum, qui postea natus esset, legata fuerint, *d. L. quod in rerum.* 24. *in pr. de leg.* 1. §. *ea quoque Inst. de lega.*

IX. In secundo ordine sunt genera rerum duo. Unum earum, quarum jure commercium non est. Alterum earum (quæ paucæ sunt) quæ, cum sint in commercio, propriis quibusdam de caussis legari prohibentur.

X. Prioris generis sunt res divini juris, sacræ, religiosæ, sanctæ, ex rebus humani juris res publicæ, item res principis. Quas omnes ideo inutiliter legari traditur, quia earum commercium non sit, cum distrahi non soleant. Hæc pœne totidem verbis in *L. cum servus.* 39. §. *ult. D. de leg.* 1. Ex quibus intelligitur, ideo dici istarum rerum commercium non esse, quia neque emi, neque vendi possunt. Et recte: est enim commercium emendi vendendique invicem jus, auctore Ulpiano in *fragmentis Institutionum Tit. de dominiis & acquisitionibus rerum.*

XI. Has res cum legari non posse dicimus, non hoc significatur tantum, ipsas res præstari non debere, quod dubitationem non habet: sed & illud, legatum scilicet in ea caussa esse, ut [4] nec debeatur rerum æstimatio. *d. L. cum servus.* §. *ult. de leg.* 1. §. *non solum. Instit. de leg.* Id enim accidere necesse est in omni legato, quod sit inutile; unde enim ista æstimationis præstatio; nisi ex legato ad eam saltem præstationem utili.

XII. In hoc ordine de re, quæ sit in potestate hostium, an legari possit, quæsitum est. Et si res nostra apud hostes sit, placet, legari posse, & legatum [5] jure postliminii consistere. *L. id quod.* 9. *L. servus.* 98. *D. de leg.* 1. idest ita valere, si res postliminio redeat, ut, ea reversa, perinde habeatur, quasi nunquam capta esset: quæ vis est, & potestas postliminii. §. *si ab hostibus. Inst. quib. mod. jus pat. pot. sol.* Recte jure postliminii. Nam

1) Vid. P. Greg. 42. *Synt.* 31. Ant. Matthæ. *Lib.* 2. *Epit. Legat C.* 17.

2) §. 1. *I. de inutil. stip. L.* 97. *pr. de V. O.* ubi vide, quæ de Hippocentauro notat Goth. Reprehendit Cores. 5. *Misc.* 2. Imperatorem in *d.* §. 1. scribentem, Hippocentaurum esse non posse, cum Plin. *Lib.* 7. *C.* 3. se vidisse ex Ægypto allatum, imperante Claudio, scripserit. Sed immo & Cicero & Lucretius fuisse, aut exsistere posse negant. Goth. *d. loc.* Vid. A. Gentil. *Lect. Virgil. C.* 12. Et esto fuerit, non tamen ita esse potest, ut eius vel stipulatio, vel legatum consistat, uti nec monstrosi fœtus, aut partus, etsi illos ratione omnis ætas viderit.

3) *L. etiam* 17. *de leg.* 3. Cujusmodi legatum transmissionis purum est *L. conditiones* 99. *de cond. & dem.* ratione præstationis conditionale, quia si nihil nascatur, nihil debetur *L.* 1. §. *ult. d. t.* P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 15.

4) Quid si feudum alicui legatum sit? Nec hic æstimationem deberi conveniens est, P. Greg. 42. *Synt* 32. Ritersh. *Partit Feudal. Lib.* 1. *C.* 12. *Q.* 7. Vult. 1 *de Feud. C* 9. *n.* 72. Fachin. 5 *Cont.* 37. Gail. 2. *Obs.* 154. *n.* 13. Iisq. post eius Peregrin. *de Fideic. Art.* 11. *n.* 103. *& seq.* Matthæus. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 19. *n.* 4.

5) Nec tamen hic heres redimere, aut æstimationem solvere tenetur. Testator enim videtur legasse jus quod habet, ita ut si res recepta sit jure postliminii, ex. gr. si servus, ab hostibus aufugiens, redierit, tum præstetur, Duar. *ad d. L.* 9. Rob. 1. *Sent.* 17. interim dum spes est recipiendi vel vi, vel redemptione, vel pactionibus, valere hujusmodi actum, exsecutione tantum in id tempus collata, quo nos recuperavimus. Vid. & Arumæ. *ad Justin.* 9. *Th.* 4.

Nam alinqui præsenta statu rei inspecto, non fuit ejus rei, quæ apud hostes est, commercium; non enim est commercium cum hostibus.

XIII. Quod si res plane hostium est, in quam jus postliminii non cadit, habet hæc species plus difficultatis, quæ ea re maxime augetur, quod de ea contraria responsa videri possunt nostrorum. Nam in *L. liber.* 103. *D. de verb. oblig.* traditur, fundum hostium in stipulatum deduci non posse, quia nec dari possit, nec ejus æstimatio præstari. Quæ ratio valet & in legato, atque hoc efficit, ut nec possit idem fundus legari. *d. L. cum servus* 39. §. *ult. de leg.* 1. Rursum contra in *L. ab omnibus.* 104. §. *etiam. D. eod.* ita scriptum est: *etiam rem hostium posse legari, Sabinus ait, si aliquo casu emi possit.* Sed non sunt hæc contraria; quin potius ex his ipsis locis sic haberi debet: Si res hostium immobilis est, ut fundus; quia loco moveri, & ab hostibus ad nos transferri non potest, inutiliter legatur; quoniam neque apud hostes cum illis commercium est, nec potest res ab illis ad nos transire, ut a nobis possideatur. Quod si res ejusmodi sint, quæ [6] ab hostibus ad nos transferri possint, ut merces exteræ, & cum translatæ erunt, sit earum emendarum copia, legari possunt; quis tum incipit earum esse commercium, ex quo & parari possunt: quæ duæ sunt notæ, ex quibus intelligitur, rem legari posse. *d. L. cum servus.* §. *ult.* Ac de his rebus definitio est illa *L. ab omnibus.* § *etiam*, *de leg.* 1.

XIV. Sed dicta sunt hæc de re, cujus in totum commercium non est. Quid, si ita sit interdictum rei commercium, ut sit interdictum alteri tantum vel heredi, vel legatario? Finge Christianum mancipium, cujus commercium interdictum est Judæis. *C. ne man. Christ.* aut ab herede Judæo legatum esse homini Christiano, aut a Christiano legatum Judæo. Etiamne hic inutile legatum erit? Immo hæc distinctio in hac re servatur, ut si quidem heres commercium rei non habeat, is sit obligatus, vel in rem ipsam, si hæc in bonis testatoris fuerit; vel si non est, in ejus æstimationem. Sin legatarius, nihil ei debeatur: exstat distinctio in *L. bove.* 49. §. *Labeo. D. de leg.* 2. Servatur eadem in stipulationibus, cum si quis unus ex contrahentibus rei promissæ commercium non habet, si quidem stipulator, cui præstandum est, placet, inutilem esse stipulationem; si promissor, utilem, ut ei interdictio noceat, non stipulatori. Exstat in *L. multum.* 34. *D. de verb. oblig.* Citantur tamen in re legata loci tanquam contrarii duo, *L. filiusfamilias*, 114. §. *si quid alicui*, *D. de leg.* 1. & *L. sed si res*, 40. *eod. tit.* Sed quam nihil haberent contrarii hi loci, ne in re legata quidem, satis mihi ostendisse, & rem totam expedivisse, videar ad *d. L. multum.* 34. *de verb. oblig.* ubi cum de utriusque loci sententis disseruerim copiosius, illinc peti velim, quod huc pertinere videbitur.

XV. Est, ut dixi, & alterum genus rerum ad secundum hunc ordinem pertinentium, earum videlicet, quæ cum alioqui in commercio sint, tamen quibusdam de caussis legari prohibentur. Hujus generis sunt ea, [7] quæ juncta sunt ædibus. Hæc, inquit Ulpianus, legari non posse senatus censuit Acciola, & Pansa consulibus. *L. cætera.* 41. *in pr. D. de leg.* 1. Ejusdem senatusconsulti mentio est in *L.* 2. *C. de æd. pri.* ubi etiam illud adjicitur, non tantum vetari eo senatusconsulto has res legari, sed etiam aliter a domino eximi negotiandi caussa. Prohibendi ratio, ne ruinis publicus deformetur aspectus, ut est in *d. L.* 2. *C. de æd. pr.*

XVI. Hoc senatusconsultum de his loquitur, quæ juncta sunt ædibus. Sed ex sententia sic acceptum est, ut pertineat non tantum ad ædes, sed & ad [8] omnia corpora, quæ eamdem rationem prohibitionis in se habent, ut balnea, porticus, tabernas, popinas. *d. L. cætera.* 41. §. *hoc senatusconsultum.* 2. Finis enim ille, & ratio senatusconsulti, quam modo dixi, ad hæc quoque corpora pertinet.

XVII. Sed loquitur senatusconsultum de his, quæ juncta sunt. Quo verbo apparet, non contineri ea, quæ, quamvis sint in ædibus, & parietibus admota, non tamen inhærent parietibus. Sed & ea, quæ ædium caussa testator paravit, & necdum

6) Ita & Rob. 1. *Sent.* 17. quia rerum mobilium nobis cum hostibus commercium esse, vel inde liquet, quod certæ merces speciatim excipiuntur, quarum non est, ut armorum, &c. *L. cotem.* 11. *de Publican.* vid. *infr. Lib.* 9 *Cap.* 10. *N.* 22. Hostium autem res soli, & fundi illorum emi non possunt, neo fiunt nostri, etiam occupati, cum bello capti publicentur. Zas. *in d. L.* 9. *de leg.* 1. vult verba illa *d. L.* 104. §. 2. *si aliquo casu emi possit*, ita intelligi, ut sint testatoris, quasi dicat IC. Res hostium potest legari sub conditione illa adjecta, *si emi possit.* Quod recte displicet Roberto, quia nulla illic conditionis mentio.

7) De quo Senatusconsulto, & quo tempore factum fuerit, vid. Cujac. 5. *Obs.* 28. Confer. idem *ad L* 52. *de contr. empt.*

8) Vid. Vasq. *Lib.* 3. *de Succes. progressu* §. 27. *n.* 36. & *seq.* Vult. in §. *sed si rem* 10. *ipsi* 10. *I. h. t. n.* 4.

dum junxit. Hinc satis intellectum est, hæc omnis sine fraude senatusconsulti legari posse. *d. L. cætera.* §. *pen. & ult.*

XVIII. Sed & ea ipsa, quæ juncta sunt ædibus, placuit aliquando posse legari sententia senatusconsulti non refragante. Quod duabus in caussis receptum est.

XIX. Una, si quid legetur ex iis ædibus, quæ illicite ædificatæ sunt. Nam cum totæ ædes destrui debeant, nihil vetat etiam partem destruere, in quemcumque usum transferas. *L. fideicommissa.* 11. §. *si quis illicite. D. de leg.* 3. Ædificantur autem illicite, quæ a privato in publico ædificantur sine permissu principis, quas ideo jubentur curatores urbis destruere, si publico usui noceant; si non nocent, his solarium vectigal imponere. *L.* 2. §. *si quis nemine. D. ne quid in loc. pub.*

XX. Altera, si quid legetur ad opus publicum faciendum. *L. cætera.* §. *sed si quis.* Merito: nam si quæritur ornamentum, & decus urbis, quæ ratio prohibendæ demolitionis senatusconsulto fuit; neutrum minuitur, cum quid ex privato transfertur in publicum, in quo præcipue versatur & elucet ornamentum civitatis. Nec vero dedecus privatæ demolitionis putandum est, quod majore decore, & commodo civitatis pensatur.

XXI. Tertius ordo rerum quæ inutiliter legentur, est earum, quæ legatæ nihil emolumenti legatario adferunt. Ut ergo cætera ad vim rei legatæ concurrant: puta, ut sit in rerum natura, aut futura sit, eademque parari nullo jure prohibeatur: si tamen legatum nihil adjiciat legatario, ipsa conditio, & definitio legati facit, ut magis nullum, quam inutile sit legatum. Nam legatum donatio est, qua ex eo, quod totum heredis foret, testator aliquid cui collatum velit. *L. legatum.* 116. *de leg.* 1. *L. legatum.* 36. *de leg.* 2. Quare si nihil donet testator, nihil in aliquem conferat: legatum non erit. Hinc duarum rerum nobis legatarum, quanvis in commercio sint, nec sit earum translatio interdicta, tamen legatum inutile: rei nostræ, & rei nobis debitæ, quatenus quidem in his nihil, nisi quod nostrum est, aut nobis debitum, relinquitur. Res mea, ut mihi stipulatur inutiliter. §. 1. *Instit. de inutil. stipulat.* ita & legatur inutiliter. *L. cætera.* 41. §. 1. *D. de leg.* 1. §. *sed si rem legatarii*, *Instit. de leg.* An non, quis hoc legatum nihil in nos confert? Quod enim nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. Ratio reddita in dicto §. *sed si rem legatarii.* Et quoniam vires ab initio legatum non habuit, hinc evenit, ut quanvis res a nobis fuerit alienata, nihilo tamen magis legatum convalescat, eoque ne sic quidem debeatur res ipsa, aut ejus æstimatio: dicta *L. cætera.* §. 1. *de leg.* 1. dicto §. *sed si rem legatarii.*

XXII. Sed hoc legatum ita se habet, inquam, si nihil hic amplius, quam quod nostrum sit, nobis relinquitur. Quod ita fit, si res perfecte nostra sit, nec ullum jus in ea sit alienum, quod ejus rei usum, & possessionem nobis auferat. Quod si quid horum contra erit, tum res nostra nobis recte legabitur; quia in eo, quod jure nostro deest, incipit legatum esse utile. Primum si res perfecte nostra non fuit, id est non ita nostra, quin a nobis avocari, & nobis evinci posset; tum ea legetur nobis utiliter, & tunc peti possit ex testamento, cum ea evicta fuerit. Veluti si ex bonis ejus, qui reipublicæ caussa aberat, rem usu acquisierim, & ea ante, quam evinceretur, mihi sit legata, deinde postea evincatur. *L. non quocumque.* 82. §. *si ex bonis. D. de leg.* 1. Evinci autem potest a priore domino, proposita ei in integrum restitutione, & inde rescissoria in rem actione ex edicto, quibus ex caussis majores in integrum restituantur. *L.* 1. *D. ex quibus causs. maj.* §. *rursus*, *Instit. de actionib.*

XXIII. Sed & si ita res nostra fit, ut in ea jus aliquod sit alienum, propter quod fiat, ut nobis jure absit ejus rei usus, utiliter ea nobis legatur, licetque ex testamento petere, ut res eo jure liberetur. Veluti, si fundus municipium vectigalia ipsis municipibus legetur, *L. si domus.* 71. §. *ultim. de leg.* 1. aut constituta alii in solo alieno superficie, superficies legata est ei, cujus in solo fuerit. Est hic quidem dominus soli; sed propter superficiem, quam prætor superficiario tuatur, jure fit, ut dominus suo solo uti non possit. Itaque, inquit Julianus, consequetur dominus soli, ut hac servitute liberetur, superficiem lucrifaciat. *L. si tibi homo.* 86. §. *ultim. de leg.* 1.

XXIV. Simile jus est pignus in re mea alii constitutum: per quod fit scilicet, ut & sit aliena possessio, &, pecunia non soluta, possit res a creditore vendi, atque ita mihi auferri. Inde quoque placet, utiliter eam rem mihi legari etiam ab alio, quam a creditore, & hactenus valere legatum, ut actionem habeam adversus heredem, quo pignus luatur. *d. L. si tibi homo. in princ. D. de leg.* 1.

XXV. Quod si in re mea pignori obligata, quæ mihi legata sit, recipitur, multo ma-

to magis probandum est in re mea, cujus ususfructus sit alienus; ut, ea re mihi legata, hactenus utile sit legatum, ut res usufructu liberetur. Nam pignus possessionem tantum creditori tribuit; ususfructus partem proprietatis obtinet. *L. eum filius.* 76. §. *dominus. D. de leg.* 2. *L.* 4. *D. de usufruct.* Quæ res ostendit, multo plus abesse domino in re sua, cui ususfructus abest, quam cui per pignus possessio. Itaque quod 9 legitur in *L. Mævius.* 66. §. *penult. D. de leg.* 2. si res mea legetur mihi, legatum propter istas caussas (intellige ex precedentibus propter usumfructum, aut pignus in re mea alii constitutum) legatum, inquam, propter istas caussas non valiturum: illud, *propter*, vitiosum est. Nam ut maxime hujus rei meæ legatum non valeret: non tamen id fieret propter usumfructum, aut pignus alienum, cum his rebus non fiat magis res mea, sed minus. Sed legendum est, ut in aliis exemplaribus, *Si res mea mihi legetur, legatum, præter istas caussas, non valiturum*: ut ait sensus, legatum rei meæ propter superiores caussas valere: extra eas, & similes non valere.

XXVI. Non idem dicemus, si res mea alii servitutem prædii debeat, ut hoc quoque sit jus in re mea alienum. Hanc [10] rem si quis mihi leget, non eo magis legatum valebit. *L. mevius.* 66. §. *pen. D. de leg.* 2. Quippe non eo minus perfecta mea est, quæ servitutem prædii debet; cum hæc servitus nec si pars proprietatis, nec possessionem rei meæ mihi auferat.

XXVII. De re nobis debita, eademque nobis legata videamus. Et in hac re, quod in re nostra, jus idem: ut si debitor quod debet, leget creditori suo ita, ut nihil amplius sit in legato, quam in debito, æque legatum nullum sit, quia creditori inutile, qui nihil amplius per legatum habet. §. *ex contrario*, *Instit. de leg.* Quod si plus erit aliquid in legato, legatum valebit.

XXVIII. Ut plus sit in hoc legato, efficitur aut potestate novæ actionis, aut prioris debiti repræsentatione.

XXIX. Protestate novæ actionis, vel quia nova actio [11] ex testamento efficacior ast, vel quia plenior.

XXX. Efficacior ost, si vetus exceptione removeri potuit a debitore: idest, si debitor quidem jure civili debuit, sed exceptione aliqua tutus, puta pacto, aut rei judicatæ, potuit actionem repellere. Quod ita debet, si leget debitor, tribuit novam actionem legatario. Quæ cum nulla exceptione summoveatur, nec vetere, quæ ad priorem tantum pertinuit; nec nova, quæ nulla secuta est: ejusmodi est, quæ legatum efficaciter persequatur. Ideo utila legatum tanquam remissa creditori exceptione. *L. si creditori.* 28. *D. de leg.* 1.

XXXI. Plenior actio est ex legato dupliciter: tempore, aut rebus.

XXXII. Tempore plenior est, quæ est diuturnior. Ut diuturnior est sæpe actio ex testamento honoraria actione. Hinc illud Ulpiani ex *d. L. si creditori. de leg.* 1. si id, quod honoraria actione mihi debetur, legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi detur pro honoraria. Quod sic accipiendum puto, si honoraria actio sit ex delicto pœnæ persecutionem continens. Hæ enim actiones temporales sunt; civiles, qualis actio ex testamento, perpetuæ. Quod si honoraria rei persecutionem contineat, non minus & ipsa perpetua est, ut isto modo non minus contineat, quam civilis. *L. in honorariis. D. de obl. & act.* Et si quidem tempus veteris actionis exierit, cum ex testamento agitur, totum, quod debebatur, in legato fuisse, atque hoc modo legatum in totum utile esse videbitur. Sublata enim priore actione, nihil relinquitur, quod debeatur, nisi legatum. At quid si vetus adhuc actio duret, cum agitur ex testamento? Apparet rem eo redire: ut jam nihil sit in legato, si tantumdem contineat vetus actio, quantum quæ est ax testamanto. Neque ideo ab initio legatum inutile est, cum præstet hunc usum, ut si alia actio esse desierit, sit parata nova hæc actio, qua subsidio utamur.

XXXIII. Rebus plenior est actio, in quam plures res ex mora veniunt. Ut his rebus plenior est actio ex legato actione ex stipulatu, aut alia quavis actione stricti juris; quia in actione ex stipulatu, & similibus neque usuræ ex mora, neque fructus accedunt. *L. videamus.* §. *actionem. D. de usur.* Quorum utrumque legatorum

9) Ita & Cujacius 5. *ad Afric. ad L.* 35. de *vulg.* Sed a Florentina lectione recedendum non est, cujus hic sensus esse potest, *propter istas caussas non valebit*, id est non licet ex superioribus argumentum ducere, ut quia istis casibus legatum subsistat, ita & rei meæ legatum valeat. De utilitate pignoris legati debitori, Timæ Fab. 1. *Annor.* 16.

10) Mævius 66. *pr. de leg.* 2. vid. Duar. *ad L.* 28. & *seq. de leg.* 1. Bot *ad* §. *si quis debitori* 18. *I. h.* & Ant de Padilla quodammodo dissentiens *ad L. unum* 67 *pr. d. leg.* 2. n. 4. & 5.

11) Obstat dictæ *L.* 28. §. 1. *L.* 28. §. *pen. de lib. leg.* Duar, *ad d.* §. 1. distinguit inter quantitatem ex stipulatu debitam *d.* §. *pen.* ubi nullum sunt commodum repræsentationis, & rem seu speciem *d.* §. 1.

rum, & fideicommissorum persecutioni tributum est. *L.* 3. *L. usuræ. D. de usur. L. in minorum. C. in quib. causs. in integ. rest.* Est & illud commodum ex legato, quod legatarius rei legatæ dominium nanciscitur statim, quod non item tribuitur creditori ex stipulatu, aut ullo alio contractu. *L. a Titio. D. de fur. L.* 3. *§. si rem de leg.* 3. *L. traditionibus. C. de pact.* Hinc ergo illud Marcelli, si rem quam ex stipulatu mihi debes, legaveris mihi, utile esse legatum. *L. si creditori.* 28. §. 1. *de leg.* 1. Sed addit ita esse utile, ut neque Falcidia hoc minuat. Cur ergo utile, cum non minus efficaciter, nec minus diu ex stipulatu debeatur? Quia, ut dixi, actio ex legato uberior est. Quibus in rebus, ostendi. Sed si legatum est utile, cur placet Falcidiam id non minuere, cum lex Falcidia ad omnia legata pertineat, eaque ipso jure imminuat? *L.* 1. *§. non solum, L. in quantitate,* 73. *§. ult. D. ad leg. Falc.* Eo fit, quia hic actio de re principali est ex legato; usurarum autem, & fructuum præstatio magis ex debitoris mora. Certe hæ accessiones non ex obligatione esse, sed officio judicis præstari dicuntur. *L. quæro,* 54. *D. loc. L. centum, D. de eo quod cer. loc.* Sed nec dominii translatio, quæ ex legato contigit quidquam amplius tribuit legatario, quam ipsum, quod legatum est. Vera autem ratio facit, ut non plus dici debeat esse in legato, quam legatarius ex eo acceperit. Neque porro lege Falcidia minui potest, nisi quod legatum probatur. Quibus conveniens est, quod placuit, si rem quam quis debeat ex stipulatu, creditori suo leget, quamvis utile sit legatum, non posse tamen eum fidei creditoris committere, ut quidquam præstet. Quod certe aliam rationem non habet, quam illud ipsum, quod dixi, quod scilicet nihil creditor plus acceperit, quam quod ex stipulatu sibi debebatur. *L.* 3. *§. si rem. D. de leg.* 3.

XXXIV. Repræsentatione prioris debiti plus est in legato, quam in debito, quod legatum est, si debitor, quod debuit ex tempore, puta in diem, aut sub conditione, creditori suo leget pure, aut citeriore die. Nam cum prius differretur petitio ex longiore die, aut conditione, nunc, mutato legato, repræsentatur. Idemque est, si quod longiore loco debebatur, debitor citeriore leget. Nam & loca diem habent. *§. loca, Instit. de verb. oblig.* Quam ob caussam: & legatum in his valere placuit. *L. sin autem,* 29. *D. de leg.* 1. *§. ex contrario, Institut. de leg.* propter commodum repræsentationis scilicet, ut est in *d. §. ex contrario.*

XXXV. Hac ipsa ratione placuit, maritum dotem, quam debeat, uxori utiliter legare. Et valere quidem hoc legatum constat, estque id argumentum totius tituli *D. de dote prælegata.* At quomodo legatum utile, cum maritus, soluto matrimonio, dotem debeat sine legato? *L.* 2. *D. sol. mat.* Id facit idem illud commodum repræsentationis, ut indicatur in *L.* 1. *in prin. illic, & verum est, D. de dot. præl.* Repræsentatur enim ex legato dos, cujus solutio ex lege dilationem habet. De qua dilatione scriptum est in *L. unica, §. cum autem, C. de rei uxo. actio.*

XXXVI. Postquam superiorum legatorum vis hanc unam caussam habet, quam diximus, repræsentationem: hæc caussa in proposito dubitationem attulit, quid fieri placeat, si vivo testatore, debiti, quod creditori legatum est, dies venerit, vel conditio exstiterit. Movet, quod in hoc legato etiam vivo testatore repræsentatio locum habere posse desiit: qua caussa sublata, nec legato locum esse dixeris. *L. quod dictum, D. de pact. L. de eo. L. quid enim, seq. D. de jud.* Adde, quod legatum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. Quod cum fit in rebus debitis, obligatio intercidit. *L. pro parte, D. de ser.* Et [15] exstant de eo in Pandectis pugnantes Papiniani, & Pauli sententiæ. Papinianus scripsit, nihilominus hic valere legatum, quod semel constitit. *L.* 5. *D. ad leg. Falc.* Paulus disertis verbis contra in *L. debitor,* 82. *in princ. D. de leg.* 2. Conamur has sententias conciliare? Frustra. Non enim ipsæ tantum se ostendunt esse se inter se pugnantes, sed etiam Justinianus in *d. §. ex contrario.* Agnoscit veterum quorumdam sententias tales fuisse, quæ a Papiniano dissentirent. Sed nobis non est hic laborandum. Justinianus controversiam in eo, *§. ex contrario,* diremit. Refert enim nominatim sententiam Papiniani, quam, con-

15) Ita & Forn. 2. *Sel.* 16. P. Fab. *ad L.* 29. *de R. I. pag.* 165. Et vere has LL. pugnare. A. Fab. 4. Conj. 12. & Govean. 2. *Var. lect.* 27. *ac ad d. L.* 5. *ad L. Falc. n.* 6. Tribonianum incusant. Ac Hot. *in §.* 13. *I. h. t.* hinc hinc item, & diligentiam compositorum cognosci. Sed recte, Pac. 6. *Q.* 18. accipit *d. L.* 82. de iis legatis, quæ vindicari non possunt, ut quantitas, de qua aperte loquitur. *d. L.* 5. vero de alia re, seu specie debita ac legata, ubi & post conditionis, vel diei adventum hæc utilitas legati, quod propter id datur vindicatio illius rei, quæ alias ex obligatione non daretur.

contraria aliorum rejecta, probare se profitetur. Ergo, dicet aliquis, fatemur in Pandectis contrarium aliquod inveniri, contra quam Justinianus ipse testatur in *L.* 2. §. *contrarium. C. de vet. jur. enu.* Sed non sunt loci in jure contrarii, quorum unus pro jure non habetur. Qualia esse jubetur illa sententia Pauli, quæ Papiniano adversatur. Cur igitur hæc sententia Pauli in Pandectis relata est? Cognita Justiniani decisione, dicemus, non ideo esse relatam, ut valeret, sed historiæ caussa, ut & istos contraria sensisse, & quid hic Justinianus præstiterit, intelligeremus. Si quæretur, quantum sit in hoc legato; respondebimus ad petitionem totum id, quod debebatur, in legato esse; quia res alioqui jure legati peti non possit. Ad æstimationem autem legati, ut quidem id in computationem legis Falcidiæ veniat, solum venire modum repræsentationis, quia id solum est in re, quod legatarius vere accipit. Prius traditum in *L. debitor* 82. *de leg.* 2. posterius in *L.* 1. §. *si quis creditori D. ad leg. Falc.*

XXXVII. Tot sunt ergo genera, atque ordines rerum, quæ legari non possunt. Quibus cognitis, facilis fit definitio, & summa earum, quæ dari legari possunt. Non enim tantum his generibus rerum docemur ex contrario, eas res legari posse, in quas tria hæc concurrant, quæ initio complexi sumus, ut & natura parari possint, & jure alienari non prohibeantur, simul tales sint, quæ legatæ aliquam utilitatem legatario adferant: sed etiam quænam hæ sint, prioribus subductis, facile intelligitur. Necesse est enim, cum a prioribus discesseris, quæcumque aliæ relinquuntur, omnes in hoc numero habere. Et ita est; quæ hujusmodi sunt reliquæ; omnes legari possunt. Nec interest, corporales sint, ut fundus, ædes, bos, pecunia numerata; an incorporales, ut servitutes, usus, ususfructus, & prædiorum servitutes. *L. cætera.* 41. *in prin. D. de leg.* 1. §. *tam autem. Inst. de leg.* Inde dicitum, servitutes omnes non tantum pactionibus, sed & testamento constitui posse. *L.* 3. *D. de usufr.* §. *ult. Instit. de servi. præd.* Atque hinc etiam recepta libertatio legata, utpote res incorporalis, & utilis. De quo genere legati est titulus. *D. de liber. leg.* Ac quid contineat hoc legatum, dicetur infra suo loco. Similiter & receptum, ut [13] partem hereditatis legare liceat: rem scilicet incorporalem. *Inst. de reb. corp. & inc. L. mulier.* 22. §. *ult. D. ad Treb. L. cum ex filio.* 39. *D. de vulg.* Nec in rebus corporalibus interest, præsens legetur, an futura; *L. quod in rerum.* 24. *in pr. de leg.* 1. nostra, [14] an aliena, §. *non solum. Institut. de leg.* libera, an pignori obligata. *L. si res obligata.* 57. *de leg.* 1. §. *sed etsi rem. Instit. de leg.* Sed alienæ rei legatum conditionem habet: de quo,

13) *L.* 8. §. *ult. de leg.* 2. Non recte igitur Vult. *in* §. 4. *& seqq. I. h. n.* 4. scribit res incorporeas legari posse, excepta hereditate, quæ nec tota possit nec pro parte. Ceterum hoc esse legatum Partitionis scuit Turam. *de Exeq. Leg. C.* 2. *n.* 4 *& seqq.* quod ab aliis quatuor generibus distinctum fuisse probat ex Theoph. *in* §. 5. *I. de fid. her.* Ulp. *til.* 24. §. 25. Neque id in usu esse desiisse, cum mentio fiet in Pandectis. Itaque maxime constare ex *d. L.* 22. §. *ult.* ubi verba: *legari posse etiam portionem hereditatis placet nobis*, sunt Triboniani, & quia aliena a modestia IC. & quia tempore Ulpiani eo de re nulla dubitatio *d. til.* 24 §. 25. Et propriam id legatum obtinere naturam, nec subesse SC. Treb. Neque esse simile fideicommisso universali; (1) quia hic legatarius non est quasi heres *d. L.* 22. §. *ult* fideicommissarius universalis est. *L.* 2. *ad Treb.* (2) quia in fideicommissarium mero jure transeunt jura hereditaria. In hunc legatarium ex partium conventione, stipulatione partis, & pro parte: Teoph. *d. lo.* vid. Paul. 3. *Sent.* 3 §. 1. (3) quia hoc legatum, ut nomen arguit, non potest fieri de tota hereditate, sed ejus parte. Neque simile esse fideicommisso particulari, quia illud omnino non oneribus subjicit. Sed & neque hoc legatum esse particulare, quia agnoscit onera; neque universale, quia agnoscit non ex propria natura, sed ex conventione & per accidens. Neque hoc legatum sub exæquatione *L.* 2. *C. Comm. de leg.* comprehendi. Neque enim exæquatum particulari fideicommisso, quia exæquatio illa facta in quatuor generibus vindicationis, damnationis, Sinendi, & Præceptionis §. 2. *I. h. t.* Hoc autem quintum genus ab iis diversum esse: neque universali; Detraheretur enim Trebellianica. At non detrahitur *d. L.* 22. §. *ult.* Neque esse legatum Universale, quia id omnino nullum. (de quo & Matthæ. *L.* 1. *Epit. Leg.* *C* 2.) Quod probat Turamin. *n.* 10. *& seq.* 1. *per* §. *ul. I. Per quas pers.* 2. *per. pr. I. h. t.* Si legatum aliquod Universale esset, non omnino, vel in totum dici posset, *d. pr.* esse legata extra propositam materiam, qua de modis acquirendæ universitatis agitur. 3. *per* §. 9. *I. de fid. her.* in verbis: res quæ remanet, *sine ullo onere*, quasi ex legato acquisita. (4) Quia nec legataria hereditas, neque legataria hereditatis petitio (sicuti fideicommissum) aliave, quæ universali acquisitioni convenit, prodita. (5) Ex *Const. tanta.* §. *Quintus* 6. *de Confirm. Dig.* patet, fideicommissum solis convenire SC. Trebell. itaque legatum Universale non dari. Objic. §. 5. *I. de fid. her. vers. post quod:* *SC.* Resp. Stipulationes partis, & pro parte non a Pegasiano SC descendere, sed ex legato partitionis ad fideicommissum ob rationis similitudinem translatæ Objic. *L.* 8. §. *ult. de leg.* 2. Resp. Non funeris impensa facit jus universale. Nam & eam vir patitur in dote *L. Celsus* 22. *de relig.* Objic. *L. ult.* §. 3. *Cod. Comm. de leg.* Resp. ibi verba *universitatis vel speciale* solius fideicommissi, non etiam legati divisionem continent, &c. *Ita* Turam *d. C.* 2. Quæ jure non displicent Illud quidem addo, non esse alienum a modestia ICti, aut arrogantiam redolere verba, *placet nobis*, cum & alibi reperiantur *L.* 8. *de Usuf. ear. rer.* & *in L.* 4. §. 2. *de paul.* Idem Juliano placet, *L.* 72. *ad Treb.* Aristo ajebat, sibi placere, & placuit prudentibus *L.* 31. *de vulg.* *L.* 54. *Pr. Mand.* & placet (simpliciter) *L.* 1 *de reg. Caton.* Vid. & de legato partitionis. Cont. 2. *Subsec. Lect.* 12. *Chiflet. Lib.* 2. *de I. Fideic. C.* 4.

14) Ratio dubii, quia legata acquirit dominium, & quia ex re aliena non licet esse liberalem. Vult. *in* §. 4. *& seqq. I. h. t. n.* 6. & quia lex 12. tabul. rei suæ legare permittit Hot. *in d.* § 4. ubi ad hoc Resp. intelligi damnatum heredem, ut rem redimat, vel æstimationem præstet, atque sic æstimationem succedere in locum rei. Valet autem hoc legatum etiam jure Canonico, Claud. de Battand, *Tr. Legitimæ C.* 6 *n.* 18. *& seq.* Fa *h. n.* 5. *Castr.* 38. ubi vid. dissentientes.

quo, cum attigerim tantum aliquid supra Cap. IV. idque leviua: nunc ubi proprie locus se dat, amplius cognoscendum est.

XXXVIII. Res aliena legata certo jure debebitur, si [15] testator alienam esse scivit. Si auam putavit, placet non deberi: non quia res ait aliena, sed quia non videtur testator esse hoc animo, ut præstetur, qui ai scivisset, rem alienam esse, forsitan non legasset. Hoc in §. *non solum. ver. quod autem. Inst. de leg. L. cum alienam. C. de leg.* Sed addita hie exceptio est, dum oe scilicet aliunde de contraria testatoris voluntate doceatur. Qui, ai probetur, etiam si scisset alienam, legaturus fuisse, placet, hic quoque voluntatem aervandam, & relictum deberi. Neque hic voluntatem apertam exigimus: sola conjectura voluntatis, dum idonea, ad eam rem admittitur.

XXXIX. Quo in genere duæ sunt receptæ, & ex utraque legatum in hac specie admissum.

XL. Una conjectura est ex persona ejus cui legatur: ut siquidem [16] conjunctæ personæ puta parenti, cognato alicui, vel uxori res aliena legata sit, quamvis testatur suam putaverit, tamen legatum valeat, quia verisimile sit, eum conjunctæ personæ quovis modo fuisse legaturum. Constitutum in *d. L. cum alienam. C. de leg.*

XLI. Altera conjectura ducitur ex persona ejua, qui est dominus rei. Sane enim, ai res sit alterius, quam heredis, superiori constitutioni locus sit. Quod [17] ai res erit heredis, quam dum suam existimat testator, legaverit: Papiniani sententia est, legatum ab herede deberi: addita hac ratione, quia sint magis in legandis auia rebus, quam in alienis comparandis, & onerandis heredibus faciles voluntates; hoc autem non eveniat in hac specie, cum dominium rei sit apud heredem. Hoc Papinianus in *L. unum. 67. §. si rem. de leg. 2.* Habet autem superior ratio hanc sententiam. Cum res aliena legata est, quam testator alienam esse ignoravit, idcirco ea non debetur, quia si deberetur, heres eam redimere cogeretur. Qua necessitate uon videtur testator facile suoa heredea onerare voluisse. Hæc ratio ceasat in re, quæ est heredis. Eam enim heres de suo præstare poterit, neque redimere cogetur.

XLII. Quid, si e converso testator leget rem auam, quam putet alienam? Etiam ne error teatatoris in hac specie idem effecerit, quod in auperiore, ut legatum non valeat? Minime vero idem; atque adeo non mirum; si respondetur sine cunctatione, legatum valere in §. *si quis rem. Inst. de leg.* Perspicuum est enim, eum, qui rem legaturus fuerit, etiam si aliena esaet, multo magis, si auam esse scisset, legaturum fuisse: ubi scilicet & facilius rem suam transferre, & heredem, sublata necessitate redimendi, minus onerare potuerit. Idque ita est, quamvis putaverit rem esse legatarii, ut adjicitur in *d. §. si quis rem.* Et ideo bene Justinianus ibidem addidit rationem, ut diceret, idcirco hic valere legatum, quia plus valeat, quod in veritate est, quam quod in opinione. Recte, inquam, dummodo hoc dictum sic intelligamus, ut plus valeat in hac specie, non etiam io universum in caussis omuibus. Est enim alicqui contra, ubi recte respondeatur, plus esse io opinione, quam in veritate: veluti, cum is, qui putat, ae necessarium, cum esset voluntarius, dicitur, non posse repudiare, aut adire hereditatem, addita ista ratione, quam modo dixi, ut in *L. is qui putat.* 15. *& L. seq. D. de acq. her.* Utraque hæc oratio verbis, si generaliter accipiatur, contraria ad speciem propositam, cui subjecta est, adstringi debet, estque ita interpretanda: Plus valet veritas, nempe in hac specie; Plus valet opinio, nempe rursum in ista altera. Quando igitur pro specie subjecta plus valere debet veritas; quando plus valere opinio? Sic definiemus: quoties error, & falsa opinio gerenti non obstat, quominus velit, & possit id, in quo errat: semper plus valet, quod iu veritate est, quam quod in opinione. Ut in proposito, [18] cum testator rem auam legat, quam putat alienam esae; illud in vero est, potuisse eum rem anam legare, & ut potuit, ita legasse. Quæritur, an falsa opinio rei alienæ obstet, quo–

15) Ubi si errasse hinc, illinc scisse dicatur, actoris id est legatarii probare *Tex. L.* 21. *D. de probat* Gomez 1. *Var. Res.* 12. *n.* 13. Baru. *in* §. 4. *I. h. t.* Hortens. *in L.* 15. §. 1. *d. pign.* Forst. 1. *de Succe.* 45. *n.* 14. cum ignorantia regulariter hic præsumatur. Arumæ *ex Justin.* 9. *Th.* 3. Probare autem sufucit præsumptive: Ut si probet, testatorem rem occupasse sine justo titulo *per L. ult. C. unde vi* vel a non domino scientem emisse, vel a pupillo; quo casu præsumitur potius scientia rei alienæ, quam juris ignorantia, Vasq. *Li.* 3. *de Succes progressu* §. 27 *n.* 40.

16) Quæ censeatur conjuncta persona vid. Meno. *Arb. Ca.* 146. Quid si ad pias causas? Vulgo valere volunt arg. *d. L.* 10. quia proclivior censeatur testator ad favorem piæ caussæ, quam conjunctarum personarum, & quia valet favore libertatis *L.* 39 *de fid. libert.* Vasq. *d.* §. 27. *n.* 41. Tiraqu. *P. ivil. piæ caussæ* 66.

17) Cujac. in *not. poster. I. h. t.* & Vult. *in* §. 4. *& seqq. I. h. n.* 6. aliam adducunt exceptionem in fundo alieno heredi prælegato *L.* 72. *ad Trebell.*

18) Et Fac. 5. *Q.* 95. Balduin. *ad d.* §. 11. *n.* 14. *& seq.*

quominus potuerit rem legare, si suam scisset, & ut potuit, quominus voluerit. Et de potestate legandi certum est, non effecisse falsam istam opinionem, quominus semper rem suam legare potuerit. Quominus autem voluerit, tantum abest, ut effecerit hic error, ut potius contra declarat, quod dixi, si testator hanc rem, licet alienam, legare voluit, multo citius, si suam scisset, legaturum fuisse, ob eas caussas, quas ante ostendi. Contra ubi opinio impedit, quominus fiat, quod vere fieri poterat, si quis sciret, quod in re est; ubi necesse est, opinionem plus valere, quæ id, quod verum est, procedere non sinit. Ut accidit in eo herede, qui se necessarium putat, cum sit voluntarius. Hic enim re vera potest hereditatem & adire, & repudiare. Sed, ut hoc possit: prius est, ut se id facere posse & sciat, & existimet. *L. qui hereditatem. L. in repudiandn. D. de acquir. her.* Quod certe facere non potest, qui se non voluntate sua, sed necessario heredem fieri opinatur. Ita opinio, quod prius erat, impediens, etiam ei, quod vera fieri poterat, obstat, quominus sequatur.

XLIII. De re nostra pignori obligata si a nobis legata sit, quin legatum valeat, nulla dubitatio est, ut quidem res ipsa eodem jure peti possit a legatario, codemque jure defendi, quo a nobis peti possunt res cæteræ legatæ. Sed utrum heres pignus luere debeat, an legatarius quæstionis est. Quæ jam non hujus loci quæstio est, sed illius, in quo quæritur, quid legato contineatur, ubi de hac re opportune dicetur.

CAP. XII.

Quæ facta recte in fideicommissum deducantur.

Etiam facta legari posse: ut qui jussus est facere, parere debeat. At non omnia facta recte jubentur. I.
Non ea, quæ sunt legibus, & honestati contraria. II.
Non quæ inutilia, aut, præter nudum præceptum, nihil in se habeant. III.
Non denique quæ æstimari non possunt; ut si quis liberos suos emancipare rogatus fuerit, aut extraneum adoptare. IV.
Quid si rogatus relictum agnoverit. V. VI.

I. Non solum, ut dixi, res in fideicommissum deducuntur, sed etiam facta. Ut in rebus quæritur, quæ res legari possint, fideivecommitti, ut præstentur: sic in factis, quæ recte jubeantur fieri, ut, qui jussus est, parere debeat. Et utiliter jubetur is, qui testamento obligari potest, facere omnia, in quibus hæc tria insint, ut nec sint contra jus; & utilitatem alicujus propositam habeant; & in hac ipsa utilitate recipiant æstimationem. In quibus vero unum aliquod ex his desit, ea fieri frustra percipiuntur. Ita omnino tria genera sunt eorum, quæ jubeantur testamento inutiliter; illicita, inutilia, æstimationem non recipientia. Quæ genera deinceps bene posita, rem expedient in utramque partem, ut doceant primum quidem, quæ juberi non possint, secundo autem loco, quæ possint.

II. Primum genus est illicitorum. De quo etsi in universum ita recte præcipitur, nihil valere ad obligationem, quod fiat contra legem, aut in fraudem legis; *L. non dubium. C. de leg.* tamen ne hic hæsitemus, cum de suprema voluntate quæritur: etiam in re testamentaria idem nominatim definitum legimus in *L. si quis inquilinos. 112. §. penult. & ultim. D. de leg. 1.* in hæc verba: *Si quis scripserit testamento quid fieri, quod contra jus est, vel bonos mores, non valet: Veluti, si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum prætoris, vel etiam turpe aliquid. Jusjurandum quoque contra vim, & auctoritatem juris in testamento scriptum nullius est momenti.* Contra legem præcipitur, veluti, si legatis ædibus, jubeat, legatarium ædes destruere, & alteri vendere reliquias. *L. 2. C. de ædib. pri.* Aut si quis aliquem rogarit, ut sibi heredem Titium instituat. *L. filiusfamilias. 114. §. ut quis. D. de leg. 1.* Quod facere ideo nemo cogitur,

quia

quia jure, & legibus liberas testantium voluntates esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere. *L. illa.* 32. *D. de hered. institut.* Sed quod proximis his verbis jussum directo non valet, placuit, ex sententia jubentis perinde habendum, atque si rogasset hereditatem suam restitui. *d. L. filiusfamilias.* §. *ut quis.* Turpe est, & contra bonos mores, quod jubetur, eoque inbetur inutiliter; veluti si quis jusserit, ut reliquias suas heres in mare abjiciat. *L. quidam D. de cond. inst.*

III. Secundum genus eorum, quæ inutiliter jubentur fieri, est factorum inutilium, id est eorum, quæ nullius caussa jubentur, seu quæ facta ad nullius utilitatem pertinent. De quo genere exstat rescriptum Imperatorum in *L. filiusfamilias.* 114. §. *Divi.* 2. *D. de leg.* 1. in hæc verba: *eos, qui testamento vetant quid alienari, nec caussam exprimunt, propter quam id fieri velint: nisi invenitur persona, cujus respectu hoc n testatore dispositum est, nullius momenti esse scripturam, quasi nudum præceptum reliquerint.* Nudum præceptum vocat constitutio, quod præceptum est tantum; utilitatem autem cujusquam nullam sibi propositam habet; qua proposita, præter præceptum, haberet etiam fideicommissum, ex quo petitio esset iis, quibus testator consultum voluisset. Nunc fideicommisso detracto, recte dicatur, præceptum nudum, id est, solum, quod, præter præceptum, nihil in se habeat. Ad hoc genus præcepti referri debent, quæ a Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates: ‹ veluti, ut vestes, aut quæ alia supervacua › in funus impendantur. Quæ cum ad nullum usum, ad nullius honorem, ne testatoris quidem: sed potius ad inanitatem judicii ejus coarguendam conferantur: merito eas voluntates tanquam nudum, & inane præceptum negavit Papinianus valere. *L. servo.* 113. §. *ult. de leg.* 1.

IV. Tertii generis facta, quæ inutiliter jubeantur, sunt ea, quæ æstimari non possunt. Nam, cum, his neglectis, non possit adversus eum, qui facere jussus est, alia actio, & condemnatio esse, quam in pecuniam num...am æstimationem facti cujusque, sicut accidit in omnibus faciendi obligationibus; *L. si quis ab alio.* §. *ult. D. de re jud. L. stipulationes non dividuntur. ver. Celsus. D. de verb. oblig.* sequitur, ut, quæ neglecta, æstimari non possunt, eorum nomine nulla sit petitio, eoque nullum utile fideicommissum. Cujus generis exempla hæc sunt, si heres, vel legatarius rogetur filium suum emancipare, aut extraneum aliquem adoptare. Si quis, inquit Marcianus, liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere. *L. filiusfamilias.* 114. §. *ut quis in fi. de leg.* 1. Idem hoc Papinianus, ut refertur in *L. si cuj.* 92. *D. de cond. & demon.* Atqui nihil hic jubetur, quod sit contra jus, aut factu turpe. Non est hoc satis. Factum etiam æstimabile exigimus, ut, eo contempto, sit aliqua de æstimatione facti petitio, quæ sola hic locum habet. Et hæc est ratio, quam Marcianus superioris sententiæ reddidit. Non cogitur, inquit, rogatus hoc facere. Potestas enim patria inæstimabilis est.

V. Et omnino ita habet, ut liberi manumitti jussi, deficiantur a petitione fideicommissi, ut est in *d. L. si cui.* 92. *D. de cond. & dem.* Sed adjicitur ibidem, extra ordinem debere constitui, eum qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare. Neque enim, ait Ulpianus, debet conveniri testantium voluntas. Sed an hoc sic accipimus, ut pater in hac specie præcise cogendus sit liberos emancipare? Quod si fierat, jam hic esset petitio fideicommissi, quam tamen omnem Ulpianus ibidem prius negaverat. Imo, inquit Ulpianus, superius dictum interpretans, sic hoc relictum est accipiendum, quemadmodum si sub conditione liberorum emancipandorum patri fuisset legatum, vel ita relictum, ut liberos emanciparet. Qua adjectione significat, nullam esse petitionem fideicommissi, qua

e) Non omnino nulli hujusmodi jussum in mentem venisse ostendit, Marq Freher. 1. *Parerg.* 26. Nam quidam patriæ amore, alibi morientes, jusserunt reliquias in mare abjicere, ut vel pulvis ad littus patrium iret. Hujusmodique præceptum, imaginaria ratione, dicis caussa, implebatur, scirpea imagine dejecta. Quod probat Freherus ex versibus Ovidii 5. *Fastor.*

Sæpe tamen patriæ dulci tanguntur amore,
Atque aliquis moriens hoc breve mandat opus.
Mittite me in Tyberim, Tyberinis vectus ut undis,
Littus ad Inachium pulvis inanis eam.
Displicet heredi mandati cura sepulcri:
Mortuus Ausonia conditur hospes humo.
Scirpea pro domino in Tyberim jactatur imago:
Ut repetat Graias per freta longa domus.

k) *L. ult.* §. *ult de auro & arg. leg.* Hieron. *Epist Lib.* 2. Cur mortuos auratis obvolvitis vestibus. An cadavera divitum nisi in serico putrescere nesciunt? refert Rev. 1. *Conject* 14. & Gad. *ad L.* 201. *de V. S. n.* 34. Idem est si jubeat, pecunias secum in tumba defodere; maxime cum cautum sit, ne pecunia secum sepeliatur *L.* 4. §. *pen. ad L. Jul. pecu.* vid. Marq. Freher. 1. *Parerg.* 26. Radulf. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 18 Confer. *not. Infr. Cap.* 52. *N.* 15.

si, qua scilicet cogatur pater liberos emancipare, aut in certam æstimationem debeat condemnari: sed esse repetitionem rei legatæ, quasi quæ relicta esset sub conditione, quæ conditio non exstitisset, aut esset relicta sub modo, cui legatarius non paruisset.

VI. Quod in emancipatione fideicommissa juris est, idem est in fideicommissa adoptione. De qua ita scribit Scævola, ut neget cogi posse quemquam ex fideicommisso adoptare. Ejus verba hæc sunt in *L. uxorem.* 41. §. *ejus heres. D. de leg.* 3. Heres vel legatarius rogatus est, ut quemdam adoptet his verbis adjectis, *si aliter fecerit, exheres esto, vel perdito legatum.* Quæsitum est, si non adoptaverit, an ei, qui adoptatus non est, actio quædam ex fideicommisso competat. Respondit, fideicommissum, quo quis rogatur, ut adoptet, ratum non esse. Sed non negat Scævola, quin legatum hac contemplatione relictum auferri possit. Nos posse dicemus, quasi fuisset relictum sub conditione, quæ non exstitisset, aut sub modo, cui paritum non esset: ne circumveniatur testantis voluntas. Quæ omnia in specie superiore admissa ab Ulpiano in *d. L. si cui.* 92. *de cond. & dem.* in hac quoque locum habent.

CAP. XIII.

De regula Catoniana.

Ponitur quæstio definienda regula Catoniana. I.
Deinde regula ipsa; eaque explicatur, confirmatur. II. III. IV.
Eam tam ad legata, quam ad hereditates pertinere. V. X.
Non tamen si conditionem habeant expressam. VI. VII. VIII.
Vel tacitam. IX.
Nec ad leges novas, testamentarias videlicet. Quatenus duas leges Juliam, & Papiam sustulerit Justinianus. XI.
Legatum conditionale non ex tempore, quo factum est, sed ex eo, quo conditio extitit, æstimatur. VIII.

I. HIS de personis ad legati vim pertinentibus, deque rebus, quæ in legatum, & fideicommissum dedoci possint, expositis, incidit quæstio, quæ communiter ad utrumque genus pertineat, quæ proinde hoc loco explicanda est. Constitit & in personis quasdam esse, quibus legari non possit; & in rebus quasdam, quæ legari, fideive committi non possint: ut, sive illis personis legatum sit, sive hæ res fideicommisso relictæ, jam ab initio non consistat legatum, aut fideicommissum. Idque ita perpetuo futurum est, si & personæ, & res in eadem caussa perseverent. At quid, si conditio personarum, aut rerum postea mutata sit, redieritque in eum locum, a quo incipere posset legatum, vel fideicommissum? Exoritur hic communis quæstio, an legatum convalescat, an vero perpetuo eodem jure maneat, quali ab initio fuit. Ut puta: deportato legatum datum est: is postea beneficio principis restitutus in civitatem rediit. Illi legari non potuit; huic potuit. Item res mea mihi legata est, deinde a me alienata mea esse desiit. Mea frustra mihi legatur: aliena recte. Quæritur igitur, an & illic, mutata conditione personæ, & hic, mutata conditione rei legatæ in melius, relictum convalescat, quia venerit in eum locum, a quo incipere poterat: an vero non convalescat, quia legati initium spectari oporteat. De hac re tota definit regula Catoniana; cujus ob hanc caussam tam crebra est mentio sub his titulis de legatis. Quamobrem & ea nobis hic adhibenda est; &, quod satis est, hoc loco explicanda. Sic autem dicta est ab auctore Catone, a quo cum primo commode, & ad rationem juris civilis aptissime concepta esset, magno consensu omnium recepta est, atque ita porro pro jure certo observari cœpta. Sic ab auctore Aquilio dicta Aquiliana stipulatio, de qua in §. *item per Inst. quib. mo. tol. obl.* Sic a Mucio Muciana cautio, de qua in *L.* 7. *D. de con. & dem.*

II. Regula Catoniana sic definit. *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit testator, non valere. L.* 1. *D. de reg. Cat.* Quibus verbis de universa quæstione superiore responsum est, ut, sive alicui legari non potuit, sive res aliqua non potuit legari, ita ab initio legatum sit inutile, ut, nulla mutatione personæ, aut rei postea incidente, legatum convalescat. Idque est, quod aliis verbis

bis

bis declaratur [1] aliis regulis juris duabus, ut dicatur: *Quæ ab initio inutilis fuit institutio, temporis tractu convalescere non posse*: item, *Quod initio vitiosum est, non posse tractu temporis convalescere. L. quæ ab initio* 211. *L. quod initio* 30. *D. de reg. jur. L. cætera*, 41. §. 1. *D. de leg.* 1. Habet vero regula hanc rationem, quia cum ad legatum [2] duabus his rebus opus sit & potestate legandi, & voluntate: evenit in his, quæ inutiliter ab initio leguntur, ut neutro tempore neque præsenti, neque sequenti duo hæc concurrant, facultas legandi, & voluntas. Ab initio quidem legare voluit testator, & verbis legavit: sed jure non potuit. Post autem, conditione mutata, legare potuit, sed non legavit. Ita fit, ut, potestate legandi deficiente ab initio, legatum non valeat; postea voluntate nova cessante, non exsistat legatum de integro; ut novum id constituatur.

III. Adde, quod non recte dici potest convalescere, quod nunquam valuit; nec restitui, aut confirmari, quod nunquam fuit. Tale autem est legatum, quod ab initio fuit inutile. Quod enim jure inutile est, idem jure est nullum, ut quod perinde habeatur, quasi scriptum non esset. *L. non dubium. C. de legi.* Ergo deportato legatum non valebit: nec [3] si vivo testatore civis Romanus esse cœperit, legatum convalescet. Sic cum servo heredis pure legari non possit, placet, si legatum sit, ita inutiliter legatum esse, ut nihil proficiatur, quamvis vivo testatore de potestate heredis exierit, §. *an servo. Instit. de leg.*

IV. Eadem ratio rerum legatarum. Res mea mihi legari non potest, si legata sit mihi, quamvis vivo testatore sit alienata, nihilo magis legatum [4] convalescet, quod ab initio non constitit. *L. cætera*, 41. §. 1. *D. de leg.* 1. Nec quisquam contrarium putet in hac specie, quod legitur in *L.* 1. *D. de reg. Cat.* his verbis: *item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur.* Non enim sic hæc verba interpungenda sunt, quasi dicatur fundus tibi legatus esse pure, de quo respondeatur, si eum vivo testatore alienaveris, nihilominus tibi deberi. Sed ita, ut dicatur, tibi tuus legatus esse sub hac conditione, si eum vivo testatore alienaveris; sitque hic interpunctionis comma, ac tum respondeatur hoc casu legatum tibi deberi. Loquitur enim illic Celsus de legato conditionali. In quo non mirum, si aliud servari dicit, quam regula Catoniana comprehensum est: quoniam regula ad legata conditionalia non pertinet: ut mox pluribus dicetur. Et vero de his legatis agere Celsum in *d. L.* 1. & conari probare, cur regula ad ea non pertineat, abunde declarat ratio, qua illic nititur, de qua item mox plura. Postremo ne quis dubitet exemplum superius apud Celsum ita accipiendum esse, ut dixi, sic rem brevius, & dilucidius expli-

1) Ita & Cujac 4. *Obs.* 4. Sed omnino aliæ sunt illæ juris regulæ, non ex aliqua juris nova constitutione comptæ, ut Catoniana, sed (ut omnes fere aliæ *t. de R. I.*) ex mera juris veteris ratione, ut recte A. Fab. 12. *Conj.* 19. *in fi. & ex not. infr. N.* 6. clare patescit. Neque illæ ad testamentorum caussam solum pertinent, sed & ad contractus, ac dispositiones inter vivos *L.* 83. §. 5. *de V. O. L.* 27. §. 4. *de pact.*

2) Hot. 2. *Obs.* 17. Actus civiles ex præsenti tempore statum capere oportet, non ex incerto, & fortuito temporis eventu pendere *L.* 137. §. 6. *de V. O. & simil.*

3) Et tamen negant DD. Regulam hanc pertinere ad legata inutilia propter solam legatarii incapacitatem per *L.* 3. §. 2. *de I. Fisci.* Quos refellit A. Fab. 12. *Con.* 20. Nam, inquit, *d. L.* 3. §. 2. loquitur de fideicommisso tacito, non de legato. At hæc regula de fideicommisso non loquitur, quibus nec tempore Catonis juris fuit vinculum, & postea etiam major eorum mansit favor quam legatorum. Deinde alia ratio est taciti fideicommissi quam expressi, cum illud, ex mera gravati fide pendens, nec ab eo per honoratum exigi possit, quippe nullas rei probationes habentem, ideoque nec locus in eo quæstioni, an ex hac regula sit inutile; ita Faber qui tamen postea totum illum §. Tribonian. contra mentem JC. inseruisse prodit. Movetur. (1) quod decisioni illic propositæ, *exitum esse spectandum*, non conveniat casus ille, quo fideicommissarius tempore testamenti capax, tempore mortis autem incapax, *L.* 10. §. 1. *de his quæ ut indign.* qui tamen casus etiam ibi habetur in verbis, *vel contra.* Sed Resp. Non dicitur in *d.* §. 2. quod hoc casu fraus arguatur relinquentis, sed, præsupposito, fraudem adesse, utrum solum consilium debeat spectari, an exitus. Potest autem etiam hoc casu quandoque fraus versari, quando scilicet relinquens cogitavit ex probabilibus caussis fore incapacem eum, cui relictum cupit, ex. gr. ob delictum, cujus jam reo. postulatus est, deportandum esse, &c. (2) ratio Fabri. Quia immo fraus non potest exitum habere, nisi uno illo casu, quo tempore relicti incapax, mortis tempore capere potest, ubi fraudem ab initio factam esse constat. Nam si & mortis tempore incapax sit, neque fideicommissario est persequutio, neque gravato retentio, sed fiscus id vindicat, ideoque nullus fraudis exitus. Resp. Hic vix tempero mihi, quin cum Comico exclamem. Næ intelligendo, &c. An enim quæso, ideo fraudis exitus non est, quia fiscus vindicat; immo an non e converso, quia fraus exitum habere potest, vindicat fiscus? Sicut & Pauliana actione repetuntur alienata, non consilio tantum fraudandi creditores, sed & eventu, & tamen per eam fit, quo minus cum effectu sint fraudati. Ita & hic voluntatem suam defuncti precibus accommodante onerato, & rem incapaci præstante, revera fit fraus LL. licet fiscus eam factam cognoscens, rem auferendo, efficiat, quominus cum effectu LL. sint fraudatæ. At quando mortis tempore capax est, neutiquam potest dici fraus LL. facta: quippe quarum mens est, non tam ne relinquatur, (ex. gr. deportato, peregrino,) quam ne capiat.

4) Ita & Baro in §. *sed si rem* 10. *I. h. t.* accipiendam esse *d.* §. *ult.* si non ex Celsi auctoris, saltem ex Justiniani mente scribens, & Pac. 6. *Q.* 7. Matthæ. *Lib.* 2. *Epit. Leg. C.* 20. n. 2. Vult. *in* §. *an servo* 32. *ipsi* 29. *n.* 1. Anton. *ex Justin.* 9. *Th.* 5. Et recte licet dissensionem agnoscat. Cujac. *in not. prior. d.* §. 10. & *ad L.* 16. *de V. O.* & Hot. *in d.* §. 10. *in fin.* hæc conciliare non esse meliorem operam ponere, quam si quis quadrare circulum nitatur. Quam ipsam tamen quadraturam possibilem esse contendit Bened. Perer. *Lib.* 10. *de Comm. Rer. natural. princip. C.* 19. & *seqq.*

Digitized by Google

plicat Paulus in *L. mea.* 98. *D. de cond. & dem.* Mea res, inquit, sub conditione mihi legari potest: quia in hujusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet. Maneat igitur, regulam hactenus recte se habere, neque ei quidquam superius illud adversari. Quam late pateat, videamus.

V. Et regula generalis est, non tantum ad legata, quæ specialiter ita dicuntur, sed & ad heredum institutiones pertinens. Neque id ex mente tantum Catonis, ut Accursius notavit ad *L. 2. D. de reg. Cat.* sed etiam ex verbis. Unde postea dicitur, regula non pertinere, non ad institutiones generaliter, sed ad institutiones conditionales: ut intelligamus, ad [5] puras pertinere. Merito: nam & legandi verbum generale est, institutiones æque atque legata, & fideicommissa continens. *L. verbis. D. de verb. sign.*

VI. Etiam animadversione dignum, eamdem regulam esse perpetuam, si modo recte accipitur. Sed interpretatione indiget; quia quæ prima fronte generaliter scripta videtur, re vera ad omnia legata non pertinet, verbis etiam id efficientibus. Quo spectant in hac interpretatione regulæ veterum, quæ sequuntur. Ex quibus illa prima est, regulam Catonis ad institutiones conditionales, & legata conditionalia non pertinere. De institutionibus diser-

5) Consentit Cujac. 4. *Obs.* 4. Hot. 2. *Obs.* 17. Rav. *ad L. pen. de R. I.* Forner. 3. *Rer. Quotid.* 7. Matthæac. *Lib.* 2. *Epit. leg. C.* 20. Contra paucis, ac obiter Balduin. *ad §. in extraneis I. de hered. qual. n.* 2. plenius Robert. 2. *Animadv.* 13. & Ant. Fab. 12. *Conject.* 19. cujus præter textum *L. 3. hoc t.* hæ sunt rationes. (1) Quia Lex Catoniana de legatis solis loquuta, nihil cavit de institutione. (2) Nec cavit de legatis etiam, nec potuit cavere, nisi eo casu quo testamentum valeret. Alioqui frustra cavisset, ut inutile fieret, aut non convalesceret relictum in testamento, quod non subsistit. Et quod institutio ab initio vitiosa non convalescit, id fit ex regulis juris antiqui *L. pen. de R. I.* non ex Catoniana. Nam illæ veteres regulæ, immo & ad institutiones conditionales pertinent, quæ, si non valent tempore testamenti conditi, non possunt valere deinde, etsi tempore conditionis impedimentum sublatum. Uti enim in puræ institutione spectantur tria tempora Testamenti, Mortis, & aditionis; ita & in conditionalis æque tria Testamenti, Conditionis, & aditionis, vid. *not. lit.* 6. *C.* 17. *N.* 25 Necesse est igitur diversam esse regulam Catonis ab illa antiqua. *L. pen. de R. I.* Nec arguat quis hinc, quod addendum puto ne quem id turbet. Ergo & legata conditionalia non valebunt propter regulas juris antiqui. Nam non æque in his legatis tria requiruntur tempora, sed unum solum Conditionis. Quare in iis nec locus est regulæ Catonis ob rationem Don. nost. nec regulæ illi antiquæ *L.* 29. *L. pe. de R. I.* (3) Institutio inutilis ex eo æstimatur, quod testamento inutiliter conditum, non ex eo, quod non valeret, si testator eo tempore moreretur. Verendum igitur non fuit, ne convalesceret, neque invenienda ex hac caussa regula a Catone. Secus est in legatis, quæ jure veteri valuere, licet, si testator moreretur testamenti tempore, non fuissent valitura, modo testamentum subsistat. Nam si testamentum ac institutio valet, omnia etiam in eo contenta. Quare necessaria fuit regula Catonis ne valerent. (4) Quæ jam sunt inutilia, non possunt denuo infirmari. Institutio autem nulla fingi potest, quæ si ab initio vitiosa, posset (etsi regula Catonis nulla esset) ex post facto convalescere. Quare regula Catonis ad eas nec necessaria est, nec in eis ullum locum invenit. Institutionis validitas non aliunde, sed illa ex se vires capit cum sit fundamentum testamenti. Quare necesse est in ea attendi tempus testamenti conditi: Legatorum vero validitas pendet ex institutione. Quare cum illa utilis est, necesse est tantum in legatis attendi id tempus, quo deberi incipiunt, videlicet Mortis, si pura, aut conditionis, si eam adjectam habeant. Nec spectaretur tempus testamenti etiam in puris legatis, nisi regula Catonis exstaret, quæ infirmat legata alias valitura. Hæ rationes Fabri, cui in hoc non possum non assentiri. Et sane licet Don. noster velit in legatis puris spectari etiam tempus testamenti, vid. *supr. C.* 6. *N.* 4. licet tamen contra ipsum ejus argumentum retorquere, quo probat in conditionalibus solum conditionis tempus attendi. Nam uti conditionale in eventum conditionis dilatum, ita & purum in mortis. Atque si quæ ratio tempus mortis in institutione spectari exigit, ut consistat institutio, ei locus non est in legatis, quæ per se sola non consistunt, sed ut accessoria, ex institutione pendent. Sed quid *vid. L. 4. h. t.* Rob. *d. C.* 13 cum Acc. sic interpretatur, quod non pertineat ad legata pura relicta testamento, cujus institutio conditionalis, quia & illa quoque modo conferantur in incertum eventum. Quo interpretamento nihil absurdius esse Cujac. 1. *not. Merc.* 13. ac refellit Faber. *d. C.* 19 & quia a verbis alienum, & quia horum legatorum dies æque a morte testatoris cedit, *L.* 107. *de cond. & dem. L.* 7. *§. pen. L.* 21. *§.* 1. *Quando di. leg.* Ipse autem vocem, *conditionales*, ut quæ in glossographi inepti, expungit. Tentari potest retenta ea voce *d. L.* 4. non obstare, nec e contrario ipsum inde argumentandum esse. Vel enim de conditionalibus institutionibus Resp. JC. quia de iis quæsitus, vel quia ad propositum ipsius id satis erat (quemadmodum, in simili, minus recte quis inferret ex *L.* 21. *de don.* donationem esse contractum stricti juris. Ideo enim ibi Modestinus negat, esse contractum bonæ fidei, quod id ad propositum, quod ipsi erat ostendendum, sufficeret, non propterea asserens, esse contractum stricti juris; quia id ad præsens institutum, nisi nec ut nihil interesset) vel quia de conditionalibus solis dubitabatur, locusne in illis esset regulæ Catonis, de puris autem erat res expeditior quod non sit. Movere potuit, quod in conditionali institutione non sit attendendum tempus mortis, sed pro eo tempus evenientis conditionis *L.* 59. *§.* 4. *de here. inst.* Quare justa dubitatio, an & tempus testamenti in ea spectari debeat. Nam si pure institutio facta. Ex gr. Mævius heres esto, isque tempore testamenti sit peregrinus, vel incapax, apertissima juris ratio omnibus monstrabat institutionem non subsistere, quia in præsens tempus collata esset, atque adeo, si testator statim decederet, etiam statim effectum sortitura, si rata esset. Certum itaque erat, & nulli dubium, hujusmodi institutionem, quæcunque postea sequuta status mutatione, non subsistere, non quidem ob regulam Catonianam, sed ob regulam juris Catone antiquiorem, *d. L. pen. d. L.* 29 *de R. I.* quæ sane dextre intellecta vel nunquam, vel rarissimis casibus fallit. Contra si conditio institutioni adjecta, scilicet Mævius (qui incapax erat) heres esto, si Titius Consul factus fuerit; quia institutio, nec præsenti tempore, nec statim post obitum testatoris effectum ex ipsius voluntate habere debuit, videri poterat sufficere, si scriptus testamento heres, eo, quo conditio eveniret tempore, capere posset, quasi institutio conditionalis, ante eventum conditionis, neque utilis, neque inutilis, sed omnino nulla dici, ac censeri deberet. Quo posito (quod falsum quidem, probabiliter tamen videri potuit) consequens erat, regulam illam juris antiqui, & omnibus dispositionibus etiam inter vivos communem, quæ initio vitiosa, tempore valorem sumere vetat *d. L.* 29. *de R. I.* cessare. Quare videbatur superesse quæstio, An regula Catoniana saltem ad has institutiones esset extendenda: id est an hujusmodi heres, qui tempore testamenti capere non potuit, si conditionis tempore posset, si non ipso jure, ex regula *d. L.* 29. *d. L. pen. de R. I.* saltem vigore Catonianæ regulæ quo minus sibi hereditatem acquirat, arceatur? Hoc urget JC *d. L.* 4. Nimirum quia hic non minus ac in pura institutione locus est rationi juris, & regulæ communi, *L.* 29. *de R. I.* ut Catonianæ regulæ, legatis propriæ, subsidium, nec desideretur. Ac non minus ipso jure inanis, & invalida initio institutio, non vero aliquo remedio, quasi aliquando constiterit, rescindenda vel infirmanda.

diserte scriptum in *L. pen. D. de reg. Cat.* [6] Exempla hæc sunt. Finge, deportatum institutum esse sub conditione, cum capere poterit, aut sub alia quavis, & tempore expletæ conditionis capere posse. Recte institutus est, & capax factus hereditatem capiet. *L. in tempus.* 62. *D. de hered. inst.* Finge etiam, servum ejus, qui capere non potest, heredem institui, & ante quam jussu domini adeat hereditatem, manumissum, alienatumve esse. Scriptum est in *L. si servus ejus*, 82. *D. de acq. her.* ipsum ad hereditatem admitti, ut si manumissus sit, ipse fiat heres: si alienatus, novum dominum heredem faciat. Atqui non est cum servis testamenti factio, nisi ex persona dominorum. *L. non minus. D. de her. instit.* Fingamus autem, cum hujus servi domino testamenti factionem ab initio non fuisse. Ita regula Catoniana facit, ut, quandocumque testator postea decesserit, institutio non convalescat. Sed regula Catoniana ad conditionales institutiones non pertinet. Hujusmodi autem est omnis servi alieni institutio. Habet enim has conditiones, ut si servus manumissus ait ante aditam hereditatem, ipse sit heres. Si ait a domino alienatus, novum dominum heredem faciat. In eadem conditione manens, veteri domino acquirat, si, eo jubente, possit hereditatem acquirere. *arg. in L. si paterfamilias.* 40. *D. de her. inst.*

VII. De legatis conditionalibus exemplo declaratum in *d. L.* 1. *D. eod.* Exemplum id, quod ante retuli: veluti, si tibi legatus sit fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum, vivo testatore, alienaveris, id est, si legatus sit hac conditione, si eum vivo testatore alienaveris: hic, inquit Celsus, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset; quippe rei tuæ legatum, quod jure non valet. Cur ergo hic valet? Quia est conditionale, relictum sub conditione, si fundum, vivo testatore, alienaveris. De quo satis dixi paulo ante.

VIII. Constat igitur, regulam Catonianam ad conditionalia tum legata, tum institutiones non pertinere: hoc sensu, ut quanvis quid legatum sit; quod si initium spectaremus, non valeret: tamen utile sit, si tempore exsistentis conditionis utiliter relinqui potuit: ut hoc potius tempus spectemus, quam facti testamenti. *d. L. meu.* 98. *D. de cond. & dem.* An ut ista excipiantur a regula, & hactenus regula falsa sit, hæc ita dicimus? Immo ideo, quia verbis regulæ non continentur. Quod Celsus innuere voluit in *L.* 1. *de reg. Caton.* Dum negat hanc objectionem facere, ut regula falsa sit. In quo hac ratione utitur, quod dicat, regulam loqui de legato inutili; quod autem sub conditione legatur, quamdiu pendet conditio, magis non datum legatum dicendum esse, quam inutiliter datum. Qua eadem ratione efficitur, ut hic non anteriora tempora, sed solum expletæ conditionis tempus spectari oporteat, ut est in *d. L. mea.* Sic enim recte colligas: Nullum legatum ex eo tempore spectandum est, ex quo non est relictum. Non relinquitur autem legatum conditionale ante, quam conditio exstiterit: utpote in ejus conditionis eventum dilatum. Non ergo legatum conditionale ex anteriore tempore, æstimandum est, sed ex eo primum, quo conditio exstitit.

IX. Hæc regula de conditionalibus relictis recepta aliam peperit. Nam si regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet: non solum non pertinebit ad ea, quæ expressam conditionem habent, sed nec ad ea, quæ habent tacitam. Omnia enim æque conditionalia. Hinc ergo, ut dixi, nata altera regula, quæ traditur in *L.* 3. *D.* de reg. Cat. *Catonianam regulam non pertinere ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.* Quomodo igitur nata hæc regula ex illa superiora? Quia quorum legatorum dies cedit post aditam hereditatem, ea relinqui intelliguntur sub tacita conditione: nempe hac, si hereditas adita fuerit. Necesse est enim omnium legatorum aut venisse diem, aut cessisse; aut si neutrum horum est, esse conditionalia. *L. cedere. D. de verb. sig.* aut certe pro conditionalibus haberi. Istorum dies ante aditam hereditatem ne cessit quidem, nedum venerit. Conditionalia igitur sint, opor-

6) Hæc exempla non conveniunt, nec probatæ a nobis sententiæ *N. præc.* obstant. Nam sub ea unica conditione sustinetur incapacis institutio, *si capere poterit*: idque benevolentiæ est, non juris *d. L.* 62. ut appareat id non esse ex defectu regulæ Catonianæ in conditionali institutione. Nam sub alia conditione factam institutionem incapacis (ex. gr. Deportati sub ea: *Si navis ex Asia redierit*) sustineri, si interim incapacitatis impedimentum cesset, probari eo nullo loco potest. Et specialitas forte inde, quia ibi instituitur tanquam, & quatenus capax, quod in alia quavis conditione adposita dici nequit. Nihil igitur verius, quam conditionalem institutionem incapacis irritam manere, etsi ante conditionem capax heres scriptus redditus: non quod id regula Catoniana efficiat, sed antiquior illa latiusque patens *d. L.* 29. *de R. I.* cum in conditionali institutione æque tempus testamenti, ut eo sit testamenti factio cum herede, qui instituitur, attendatur *L.* 49. §. 1. *de her. inst.* ibi *ut constiterit institutio*, cui rationi æque in conditionali institutione locus est. *L.* 82. *de acq. her.* de pura institutione loquitur; de cujus sensu veriori vid. *supr. Lib.* 6. *C.* 17. *N.* 10.

oportet. Illam conditionem nimirum inclusam habentia, quam dixi. Quod si sunt conditionalia, pertinent utique ad superiorem definitionem, ut merito dicatur, Catoniana regula ad ea non pertinere. Quorum autem legatorum dies non cedit nisi post aditam hereditatem, ea sunt, quæ sunt personalia, quæ eadem ad heredes non transferuntur: ut libertas servo relicta, legatum servo in testamento manumisso datum ususfructus, usus, habitatio. *L. unica.* §. *libertatibus. C. de cad. tol. L.* 2. *L.* 3. *L. si habitatio.* 9. *D. quan. di. leg. ced.* Ad ista cum dicimus, regulam Catonianam non pertinere, hoc dicimus, si quid horum relictum sit, quod si statim testator decessisset, inutile foret, nihilominus valiturum, si is, cui relictum est, tempore aditæ hereditatis capere potuerit. Finge, usumfructum legatum esse deportato, & eum ante quam adiretur hereditas, restitutum in civitatem. Utile legatum erit, & cui datum erat, usumfructum consequetur. Sit & hoc exemplum, quo veteres non uno in loco utuntur. Proprius servus a dominio liber esse jussus est sub conditione. Eidem legatum a domino pure datum; quod certe, si tempus scripti testamenti spectemus, nullius momenti sit; quia servo proprio nondum manumisso legari nihil potest. Placet tamen, si conditio libertatis ante aditam hereditatem impleta sit, legatum manumisso deberi; quia hoc modo futurum sit, ut, tempore aditæ hereditatis utriusque rei dies cedat, & libertatis, & legati, quod libertatis conditionem sequitur. *L. quæsitum.* 91. §. 1. *D. de leg.* 1. *L. Julianus.* 86. §. 1. *D. de cond. & dem.* Nec impedimento erit regula Catoniana, quæ, ut non pertinet ad legata conditionalia, ita nec ad ea, quorum dies ex tempore aditæ hereditatis cedit, quæ & ipsa tacitam hanc conditionem habent, si hereditas adita fuerit.

X. Illud notandum, quod dicitur in *d. L.* 3. de reg. Cat. *regulam Catonianam non pertinere ad hereditates*, non generaliter esse accipiendum, sed cum ea demonstratione, quæ sequitur in extremo, quæ pariter ad utrumque subjectum præcedens referatur; ut intelligamus hereditates tales, qualia sunt legata, de quibus subjicitur, id est eas, quarum dies ex tempore aditæ hereditatis cedat, quales sunt interdum 7 fideicommissariæ. Certe talis erit fideicommissaria, quam dominus servo sub conditione manumisso jusserit restitui. Tale enim esset legatum ei servo datum, de quo supra diximus. Cæterum quominus definitio de omni hereditate accipienda sit, prohibet illa superior, quæ definit, regulam Catonianam non ad omnes hereditates, sed solum ad conditionales non pertinere.

XI. Etiam hanc secundam regulam alia tertia secuta est, quæ traditur in *L. ult. de reg. Cat.* in hæc verba: *regulam Catonianam ad novas leges non pertinere.* Quod quidem proximæ superiori consequens fuit, ut diceretur. Nam si regula Catoniana non pertinet ad ea legata, quorum dies ab adita hereditate cedit; quia non statim cedit a morte testatoris: consentaneum est, nec ad ea pertinere, quorum diem cedere placet ex alio quovis tempore, quam mortis testatoris; quia utraque legata habent hanc conditionem, si illud tempus venerit, ex quo legati dies cedit. Atqui id tempus statuitur novis istis legibus, quæ hic nominantur. Sciendum est enim leges novas testamentarias ad legatorum vim pertinentes, hic accipiendas esse, 8 Juliam de bonis vacantibus, & Papiam de caducis. Quæ leges cum lege duodecim tabularum, & aliis omnibus anterioribus collatæ, vere novæ erant, & solæ legata alioqui ab initio recte relicta, certis conditionibus post vacare, & caduca fieri jubebant: vacantia, & caduca facta in fiscum redigebant. Fuisse autem has leges 9 duas, non unam, quæ modo Julia, modo Papia diceretur, declarant inscriptiones veterum, qui ad has leges, scripserunt. Sic enim ubique illæ conceptæ sunt, ad legem Juliam, & Papiam disjunctim, ut in diversis legibus nominandis fieri solet, non autem ad legem

7) Govean. 2. *Var. Lect.* 29. intelligit hereditatem relictam servo legato, cujus dies, nisi adita hereditate, non cedat *L. un.* §. 6. *C. de cad. toll.* Balduin. *in Comm. ad Reg. Caton.* refert. *d. L.* 3. ad omnes fideicommissarias hereditates, quarum dies post aditionem cedat, cum ante non restituantur, referente & reprobante Robert. 1. *Animadv.* 13. ubi demonstrat, restrictionem illam in verbis, *quorum dies, &c.* tantum referri ad legata, (non convenire institutioni, Forner. 3. *Rer. Quotid.* 7.) ad substitutionem pupillarem, & universalia fidei commissa. Rev. *ad L. pen. de R. I.* intelligit hereditates legitimas, absurde, cum de causa testamenti regula loquatur. Cujac. 4. *Obs* 4. pro *hereditates*, reponit *libertates*, notatus ab Hot. 2. *Obs.* 17. nihilo tamen teslibus expediente. Sed vera est recepta lectio *d. L.* 3. & perpetua illius sententia, per dicta *N.* 5. 6.

8) Ita & Cujac. 4. *Obs.* 4. A. Fab. 12. *Conj.* 19. P. Fab. *ad L.* 201. *de R. I.* Rev. *ad L. pen. de R. I.* intelligit legem Juniam Norbanam de Latinis, & Juliam, ac Papiam de orbo coelibi Jo. Dauth. *de Testam. n.* 319. exponit de statutis. Ut si statuto caveatur, ne quis forensi leget, &c. Aliter Con. in. *Comm.* 5. *in fin.* sic exponens, id est non adnumeranda novis LL. cum nihil novi disponat; sed quod XII. tabb. cautum, disertius tradat. Quod non puto, per dicta sup. *N.* 5.

9) Et distinguuntur aperte *Tit.* 14. Ulp., vid. God. *ad L.* 125. *de V. S. n.* 1. Robert 1. *Animadv.* 1. Cujac. 1. not. Merc. 1. Dk. Balduin. *Tr. de lege Papia.*

Digitized by Google

gem Juliam Papiam. Occurrent frequenter hæ inscriptiones in Pandectis; sed constanter in *L.* 51. & decem sequentibus. *D. de leg.* 1. Legis Juliæ bona vacantia ad fiscum revocantis mentio est in *L. quidam*, 96. §. 1. *D. de leg.* 1. sed quo ex tempore voluerit illa legati diem cedere, non est ita certum. De lege Papia certum ex his, quæ de hac lege retulit Justinianus *L. unica.* in princip. & §. 1. *Cod. de caduc. toll.* Scribit enim lege Papia effectum esse, ut legatorum, quæ personalia non essent, non jam amplius dies a morte testatoris cederet, ut jus antiquum erat, sed cederet ab apertura tabularum, cujus juris multa vestigia in Pandectis exstant, quæ Accursius collegit ad *L.* 3. §. *ultim. D. de hered. instit.* Negat ergo definitio superior, regulam Catonianam ad eas leges pertinere: ut sit sensus, si quod legatum ejusmodi sit, quod ab initio non valeret, si id initium spectaremus, id deinceps post eas leges tale futurum, ut nihilominus valeat, si tempore apertarum tabularum in ea caussa sit, ut si tunc daretur, valere potuerit. Sed abrogatæ sunt ejusmodi omnes leges a Justiniano, & generaliter cautum, ut legatorum, vel fideicommissorum pure, vel in diem relictorum dies a morte testatoris cederet. *d. L. unica.* §. 1. *de cad. tol.* Quibus ablatis, & definitionem postremam superiorem sustulit, & regulam Catonianam in legatis magis confirmavit.

C A P. XIV.

De forma, & modo legandi: sive quibus solemnibus quid legari fideive committi possit: qua incertitudine legati; tum quibus rebus legato adjunctis. In quibus hæc esse solent quinque *Demonstratio, Caussa legati, Dies, Conditio, Modus.* Quid in his adjiciendis jure liceat, aut non liceat.

Modus legandi tribus in rebus versatur; & quibus nam. I.

Legatum aut testamento relinquendum, aut codicillis; alterutro judicio in suo genere perfecto. II.

Ex inofficioso, aut irrito testamento non debetur, nisi rescissum sit ex causa exheredationis, vel præteritionis. III.

Neque ex epistola, nisi ea significet de fideicommisso, de quo ante caverit testator in testamento. IV.

Quid novi in hac re, deficientibus testibus, induxerit Justinianus. V.

Incertitudo *legatum vitiat, si tanta sit, ut non intelligatur quid, aut cui legatum.* VI.

Extrinsecus adjiciuntur legata hæc quinque: demonstratio, causa, modus, dies, conditio. VII.

Quid sit demonstratio. VIII.

Quid causa. IX.

Quid conditio. XI.

Quid modus. XII.

Dies a conditione cum distinguitur, certus *intelligitur.* X.

Hæc omnia recte legatis adjiciuntur. XIII.

Demonstratio ne falsa quidem nocet. XIV.

De causa jus idem. XV.

Immo, si falsa sit, multo minus nocet, quam falsa demonstratio. XVI.

Si ad diem, aut certam conditionem legatum relictum est, post diem, aut conditionem existentem ipso quidem jure deberi non desinit, sed petenti obstabit doli mali exceptio. XVII.

Si modo legatarius non pervenit, legati repetitio est. XVIII.

Nonnunquam demonstratio legato obest: frequentius quidem falsa, interdum tamen & vera. XIX.

Falsa, aut cum rem certam indicat, quæ in rerum natura non reperitur, aut cum exit in conditionem. XX.

Illud accidere duobus modis. XXI.

Uno, si res circumscribatur loco, in quo non est. XXII.

Altero, si verbis quidem res certa exprimatur, sed vi ipsa alia res legetur, quæ non extet. XXIII.

Abit demonstratio in conditionem dupliciter. XXIV.

Apertis verbis testatoris. XXV.

Item ex tempore, si in futurum confertur. XXVI.

Demonstratio vera vitiat legatum si turpis. XXVII.

Falsa causa tum obest legato, cum appa-

ret, alias testatorem legaturum non fuisse. XXVIII.
Deprehenditur id dupliciter. XXIX.
Ex sermonibus testatoris. XXX.
Item ex conceptione legati, si caussa conditionaliter concepta. XXXI.
Conditio impossibilis natura, *aut* jure *pro non adjecta habetur.* XXXII.
Captatoria, *& quæ in alienam voluntatem confertur legatum vitiat.* XXXIII.

I. COgnitis personis ad vim, & substantiam legati pertinentibus, tanquam caussa legati efficiente; tum iis rebus, quæ legari fideive committi possint, in quibus est tanquam materia legati: sequitur legandi forma, & modus: in quo & ipso pleraque incidunt, quæ aut legatum vitient, aut ipsa per se improbentur. Modus legandi tribus in rebus versatur; in solemnibus voluntatis supremæ; in certitudine, aut incertitudine legati; tum in rebus legato adjunctis.

II. Solemnia in primis ad hunc modum, & formam legandi pertinent: quæ ejusmodi sunt, ut, nisi recte adhibeantur, frustra sit, quidquid de legato postea caveris. Ea sunt, ut aut testamento relinquatur legatum, aut codicillis. Legari olim solo testamento licebat. *§. prætcrea. Inst. de fid. her.* Hodie postquam quod in fideicommissis est, datum est legatis, etiam codicillis & legata, & fideicommissa recte relinquentur, de quo dixi supra hujus Libri Cap. II. cum de differentiis, quæ inter hæc essent apud veteres ageremus. Interim cum supremæ omnis voluntatis jure testandæ duæ tantum formæ sint, testamentum, & codicilli, *L. ult. §. ul. C. de. cod.* Alterutra testatione legata, & fideicommissa relinqui oportet. Et ea quidem testatione, quæ in suo genere justa, & perfecta sit. Nam imperfectum testamentum non est testamentum, nec imperfecti codicilli pro codicillis habendi. *L. ex ea. D. qui test. fac. pos. L. ult. §. ul. C. de ad.* Ideo ex imperfecto testamento nec legata, nec fideicommissa debentur. *L. ex imperfecto.* 23. *D. de leg.* 3. *d. L. ex ea. qui test. fac. pos.* Sic nec ex imperfectis codicillis. *L. si veritas. C. de fidei.*

III. Sed & testamento inofficioso pronuntiato, aut irrito facto, nihil ex testamento deberi potuit olim. *L. Papinianus. §. ult. D. de inof. test. L. eam quam. C. de fidcic.* Hodie idem juris est, sed cum hac exceptione, nisi testamentum rescissum sit ex caussa præteritionis vel exheredationis. *auth. ex caussa. C. de lib. præt. vel exh.* De quo dixi Lib. VI. Quod sit justum testamentum, exposuimus eodem Lib. VI. Qui justi codicilli, & quodnam eorum jus esset, scripsi libro superiore.

IV. Legimus alicubi, fideicommissum consistere, de quo frater miles ad sororem scribens epistola caverat. *L. miles.* 75. *D. de leg.* 2. Sed militis quavis voluntas rata est ex privilegio militum, si modo sit jure militari testatus. *L.* 1. *D. de mil. test.* Alioqui aut epistolam accipere debebimus, quæ quinque testes habuerit, & reliquam probationem codicillorum. *d. L. ult. §. ul. C. de cod.* aut eam epistolam, quæ significet de fideicommisso, quod frater probaverit testamento, aut codicillis, ut fit in *L. asse.* 77. *D. de her. inst. L. si ita scripsero.* 38. *D. de con. & dem. L. institutio. D. de cond. inst.*

V. Sane, si, deficientibus testibus, legatarius dicat, heredem satis scire legatum sibi relictum esse, & rem committat jurejurando heredis, ut juret se nescire, aut ultro fateatur: Justinianus hic novum jus induxit, ut vellet legatum præstari [a], sive heres fateatur relictum esse, quanvis nullis adhibitis testibus: sive jurare nollet, se de eo quidquam scire. Ea est *L. ult. C. de fid.*

VI. Ad *modum legati* secundo loco pertinet certitudo, aut incertitudo legati. Quo in genere incertitudo interdum legatum vitiat: sed ea quæ tanta sit, ut non intelligatur, quid, aut cui legatum sit. *L.* 2. *D. de his quæ pro non scrip. hab. L.* 4.

a) *§. ult. I. de fideicomm. hered.* Et sic fideicommissum contra juris subtilitatem ex jurejurando, vel recusatione jurisjurandi sustinetur. Vult. *in d. §. ult.* Quod tamen non ita indistincte accipiendum, quasi testamento ob defectum solemnium irrito, fideicommissa in eo valeant. Sed ut recte Forcat. *Dial.* 14. *n.* 10. Quando scriptus heres ex eodem testamento adiit hereditatem, nimirum, quia controversia ei facta non est, ubi non potest allegare in legatarios, & fideicommissarios testamenti solemnibus deesse. Nec enim ferendus, qui ex testamento lucrum captans, onera refugit. Facit *L. ex qua persona* 149. *de R. I.* Testamento autem everso, legitimos heredes ad præstanda relicta non teneri, nec oneri jurisjurandi subjici posse omnino crediderim (1) Quia *d. L. ult. vers. cum autem is*, hac necessitate adstringit eum, *qui ex voluntate defuncti aliquid lucratur.* Legitimus non habet ex voluntate defuncti, qui immo eum exclusum voluit. (2) Quia sic punitur perfidia heredis ejus, cujus fidem defunctus sequutus, quam fidem is adimplere recusat *d. §. ult. I. de fid. hered.* Sequutus autem est fidem heredis scripti, non legitimi, nisi & eum rogaverit forte codicillis. Vid. *supr. C.* 8. (3) Quia licet & legitimorum fideicommitti possit, nunquam tamen alius præstat, quam qui rogatus, & gravatus. Vid not. *d. C.* 8. *N.* 2. Non autem accedo A. Fabro contendenti 67. *de Err. prag.* 7. & 3. *seqq.* hoc jus esse fideicommissis proprium, nec ad alia testamento relicta etiam post exæquationem legatorum extendendum.

L. 4. D. de reb. dub. Hinc ita legata nulla: si quis, nulla quantitate adjecta, leget Sejo, quod sibi Titius debet, neque [2] Titius debeat; aut nulla item quantitate adjecta, quod Titio debet, ei leget, ubi ipse Titio nihil debeat. Evidenti ratione utrumque inquit Ulpianus, quia non appareat, quantum sit legatum: *L. si sic legatum. 75. §. 1. D. de leg. 1.* Hinc legatum quoque fundi, & legatum domus relictum ab eo, qui nullas ædes, nullum fundum reliquerit, propter nimiam incertitudinem inutile. *L. cum post. §. gener. D. de jur. dot. L. si domus, 71. in pr. D. de leg. 1.* Nisi si quis malit harum rerum posteriorum legatum, ad res, quæ inutiliter legantur, referri, quia sint ejusmodi, quæ legatæ, si præstandæ sint, nullam utilitatem legatario adferant, ut quæ ad minimam, vel potius ridiculam summam redigantur. Sed tamen & hoc ipsum ex incertitudine nimia legati nascitur, ut ostendi ad *L. ubi autem 75. D. de verb. obl.* Eadem incertitudo si in persona legatarii incidet, æque legatum inutile facit. Ut, si testator leget Titio centum, & duo sint Titii, neque certum sit, de quo testator senserit: neutri legatum debebitur. *L. si fuerit. 10. D. de. reb. dub. L. duo. D. de test. tut.* Si tamen inter istus sit controversia de voluntate testatoris, ut uterque de se testatorem potius sensisse contendat, uter eorum id de sa probaverit, ille amittetur. *L. falsa, 33. in pr. D. de cond. & dem.*

VII. Pertinet tertio loco & ad legandi modum, quidquid est, quod rei legatæ extrinsecus adjicitur. Quo in genere hæc sunt quinque, de quibus qualem dubitari soleat, *Demonstratio, Caussa, Dies, Conditio, Modus.* Quæ, die excepto, comprehensa vidamus in inscriptione tituli de *cond. & dem. D.* Sic autem in usu juris eum de legatis agitur, horum verborum significatio est.

VIII. Demostratio [3] est oratio, & adjectio omnis extra nomen, rei demonstrandæ, designandæve causaa adhibita. Indicat *L. demonstratio, 17. D. de cond. & dem.* Exempla idem locus suppeditabit, item *§. huic proxima. Inst. de leg.*

IX. Caussa legati non quævis caussa hic intelligitur, sed caussa ex præterito sumpta, qua se motum testator dicit, ut quod legat alicui, legatum velit. Ut, Titio decem, quia negotia mea curavit: Cornelio filio meo centum, quia frater ejus tantumdem de arca sumpsit. *d. L. demonstratio, 17. §. 1. de cond. & dem. §. longe. Inst. de leg.* Et breviter caussa legati, nihil aliud hic est, quam ratio legandi, seu ratio addita, cur ita leges. Unde & Papinianus rationem legandi vocat in *L. cum tale, 72. §. falsam. D. de cond. & dem.* Non quod caussa generaliter non significet caussam impulsivam, & finalem: sed quia quod nunc dicitur de verbo *caussæ*, ibi dicitur, cum tractatur illa regula, falsam caussam legato non nocere. Ubi caussa *falsa* intelligi non potest, nisi præterita, de qua sola dici potest, eam veram esse, aut falsam.

X. *Diem* a *conditione* cum distinguimus, ut nunc, diem *certum* intelligimus. Nam dies incertus in testamentis conditionem facit. *L. dies, 75. D. de cond. & dem.*

XI. *Conditio*, est adjectio omnis, qua in futurum eventum differtur id, quod dicitur, promittitur, legatur: ut decem Titio dari volo, si navis ex Asia venerit; si illud, aut illud factum fuerit, aut non fuerit. *§. sub. conditione. Instit. de verb. obl.*

XII. *Modum* legati specialiter cum dicunt veteres, seu cum aliquid legatum sub modo, hoc verbo significant caussam legandi in futurum collatam, dum se dicit testator aliquid legare, ut aliquid fiat, sequatur, ut, Titio centum, ut monumentum ædificet, ut Stichum manumittat, & si quæ sunt similia, quæ propter legatum velit sibi præstari. Declarant exempla *d. L. demonstratio. 17. §. ult. de cond. & dem.* Ita sub modo aliquid legare idem est, quod in contractibus dicimus dare quid ob rem, seu ob caussam id est, ut illud, aut illud facias, ut, caussa non secuta, sit repetitio. *L. 1. D. de cond. caus. dat. L. si militem. L. cum ancillam. C. de cond. ob caus. Modus* dictus, quasi legati moderatio quædam, cum quod legatur, datur quidem pure: sed temperatur hactenus, ut aliquid vicissim fiat, aut datur. In his adjiciendis quid jure liceat, aut non liceat, nunc quærimus.

XIII. Et de omnibus aie regulariter recte definierimus, recte omnia legatis adjici, ut neque improbentur ipsa per se, & multo minus adjecta legato noceant.

XIV.

2) Aliud erit si Titius debeat, licet exceptione tutus sit, arg. *L. 28. pr. de leg. 1.*

3) Quæ a conditione differt, quod hæc futuram rem ostendit, demonstratio factum, *L. 34 §. 1. h. t.* P. Greg 42. *Synt.* 52. n 53. vid. Cujac. 2. *Obs.* 39. a caussa, quod illa præteritum respicit, hæc præsens tempus concernit. Matthaeus. *Lib. 3. Epit. Legat. C. 11. n. 3.*

XIV. Demonstratio quidem ita libere adjicitur, ut placeat, nec, si *b* falsa sit, eam aut legatario, aut fideicommissario, aut heredi instituto nocere. *d. L. demonstratio.* 17. *L. falsa.* 33. *de cond. & dem.* Merito; ut enim nomine, ita & demonstratione ad rem significandam utimur. Quinimmo demonstratio vice nominis fungi dicitur. *L. certum. D. si cer. pet. L. nominatim.* 34. *D. de cond. & dem.* Quare quod de nomine juris est, idem oportet esse & de demonstratione. Atqui ut est in *§. si quidem. Inst. de leg.* nomina rerum, atque hominum significandorum caussa inventa sunt. Ut consequens sit, si res alio modo intelligi possint, nihil interesse: Et recte, frustra enim, re jam cognita, quæreremus nomen ad id de re obtinendum, quod jam habemus. Idem igitur & in demonstratione intelligendum est. Huc pertinet ratio Ulpiani de demonstratione: quidquid, inquit, demonstratæ rei additur satis demonstratæ, frustra est. *L.* 1. *§. si quis. D. de dot. præl.* Si frustra: perinde habendum, quasi adscriptum non esset. Neque vero legato nocere possunt, quæ nulla sunt, aut pro nullis habentur.

XV. De *caussa* jus idem, ut quamvis etiam falsa adjecta sit, legato non noceat. Utputa, testator ita scripsit: lego Titio centum, quia negotia mea curavit. Etiam si legatarius negotia non curarit, nihilominus centum debebuntur. *d. L. demonstratio.* 17. *§.* 1. *de con. & dem. §. longe. Inst. de lega.* Si testator scivit, negotia sua curata non esse, nulla dubitatio. Non enim decipitur, qui non ignoravit. *L.* 1. *in fi. D. de act. em. L.* 1. *§. si intelligatur. D. de ædil. ed.* At quid, si putavit curata esse, & falso id sibi persuasit? Et regula ad hanc quoque pertinet. Nam & in contractibus, si quis quid alteri dedit ob hanc caussam præteritam, quod cui datur, negotia dantis curasset: etsi factum non sit, & qui dat, in eo erret, datum tamen consistit, nec repeti potest. Quia, inquit Paulus, qui dedit, donare voluit. *L. in summa. §.* 1. *D. de cond. ind.* Omnino: scivit enim is, qui dabat, se ob negotia sua gratis ab alio gesta, nulla necessitate remunerandi ei teneri. Quocirca si nihilominus dedit recte dicitur donare voluisse: si quidem donari intelligitur, quod nullo jure cogente conceditur. *L. donari. D. de don. L. donari. de reg. jur.* Quæ si in contractibus servantur: multo magis in supremis voluntatibus valebunt, in quibus omnia plenius interpretamur, quo magis voluntas exitum habeat. *L. in testamentis. D. de reg. jur.* Quid in his excipiatur dicam postea. Nunc solum attingo prius, quod de istis rebus adjectis regulariter traditur.

XVI. Illud expendendum, quod dicitur in *§. longe. Inst. de lega.* non solum falsam caussam non obesse legato, sed multo minus nocere, quam demonstrationem. Quod longe secus videri poterat, cum in demonstratione etiam vera, nulla caussa sit, cur testator, ista demonstratione addita, potius rem legatam velit, quam demonstratione omissa: in ratione autem legandi sit caussa saltem impulsiva, quæ testatorem moverit, ut rem legare vellet, & dicere solemus, cessante caussa, cessare effectum, quem illa caussa peperit. *L. quod dictum. D. de pact.* Papinianus rem expedire videtur in *L. cum tale.* 72. *§. falsam. D. de con. & dem.* cum ait ideo falsam caussam legato non obesse, quia ratio legandi legato non cohæret. Sed quid hoc, dixerit aliquis, ad id quod propositum est, expediendum? Quid enim? An magis demonstratio legato cohæret, quam caussa? Dici posse non videtur, cum demonstratio etiam vera ita legato non cohæreat, ut & in legato prætermitti potuerit ab initio, & addita, possit subduci tanquam inutilis: & vero si subducatur, ut, nec, si falsa sit, noceat? Res ita habet: ad sententiam, & voluntatem testatoris si rem expendimus, pariter neutra legato cohæret, neque demonstratio, neque caussa; cum ambæ ita de legato detrahantur, ut voluntate testatoris nihilominus legatum consistat. At secundum verba hoc plus esse in demonstratione, quod hæc verbis saltem legato cohæret, caussa ne verbis quidem. Nam demostratio semper habet circumstantiam aliquam, quæ insit in re legata. Caussa vero legandi nunquam inest in legato, sed aperta oratione a legato distinguitur. Semper enim aliud esse oportet legatum rei, & aliud rationem, propter quam legatum datur.

XVII. *Diem, & conditionem* legatis, & fideicommissis adjici posse constat, ut qui-

b) Et perpluribus similibus adnotatis a Goth. *ad d. L.* 33. *pr.* vid. Cujac. *Consult.* 21. Non est contraria huic regulæ, regula *L.* 72. *§. ult. h. t.* Nam demonstratio falsa, nec vitiat legatum *dd. LL.* nec facit *d. §. ult.* Legatum et verbis disponentibus, non demonstrantibus, ut in *d. §. ult.* Sejus est in dispositione, & solus legatarius. Titius in demonstratione, eique nihil debetur, Pac. 8. *Q.* 44.

quidem ex die, & sub conditione debeantur. *L.* 1. *D. de cond. & dem.* Sic autem adjici, ut ad diem, & certam conditionem legatum relinquatur, ac post diem, aut conditionem exsistentem desinat deberi, non licet. Jure enim civili semel cœpta obligatio, nec tempore, nec loco, nec conditione finiri poteat, ne in legatis quidem. Nec voluntas testatoria contra caventis id jus mutaverit. Nemo enim potest in testamento suo cavere, ne leges in eo locum habeant. Hæc in *L. nemo*, 55. *D. de leg.* 1. Sed quod fit in aliis similibus obligationibus ad diem, aut conditionem contractis, idem in hujusmodi legatis servatur, ut post tempus petenti legatario doli mali exceptione occurratur. *L. obligationum fere, in pr. D. de obl. & act.*

XVIII. Et sub [5] *modo* relinqui legatum potest, ut utiliter testator ita leget: Titio centum, ut monumentum mihi ædificet, ut insulam eo locu, ut filium emancipet. *d. L. demonstratio*, 17. §. *ult. tit. C. de his quæ sub. mo.* Legato scilicet ita constitutu, ut, nisi legatarius modo adjecto paruerit, perinde legatum babeatur, quasi sub conditione relictum esset, id est, ipso jure sit legati repetitio. *L.* 1. *C. de his quæ sub mo. L. si cui.* 92. *D. de cond. & dem.*

XIX. Atque hæc ita sunt, ut dixi, regulariter. Cæterum & quædam ex his suas nonnullas exceptiones habent. In quibus hæc tria, *demonstratio*, *caussa*, *conditio*. Ac demonstratio quidem nonnunquam legato nocet. Frequentius quidem *falsa*, interdum tamen & *vera*.

XX. Ut falsa demonstratio legatum perimat, duæ res faciunt: vel quia demonstratio rem certam indicat, quæ in rerum natura non reperitur vel quia demonstratio exit in conditionem.

XXI. Ut rem certam indicet, quæ in rerum natura non sit, accidit duobus modis.

XXII. Uno, si demonstratio rem, aut summam certam dicat, sed circumscriptam certo loco, res autem in eo loco non reperiatur. Ut si testator ita leget: Titio centum, quæ in arca habeo: aut quæ Mævius apud me deposuit. Placet, si hæc in arca nulla sint, aut nulla apud testatorem deposita, ut demonstrationes reperiantur falsæ, [6] nihil ex his deberi. Hac ratione, quod certa res designata sit, & ea certo loco compreheusa; quæ si in eo loco non reperitur, apparet, eam legatam esse, quæ nulla est, eoque nec in rerum natura. Hoc in *L. si servus.* §. *qui quinque. D. de leg.* 1. *L.* 1. §. *adeo. D. de dot. præl.* Sic autem falsa demonstratio legatum non perimit, si modo sit, quod legatur; quod ita fit, si sit in rerum natura. *L. quibus*, 40. §. *pen. D. de cond. & dem.* Quod si proponas, legatam esse certam summam nullo loco definitam, quæ proinde undecumque sumi possit: quæcumque demonstratio adjecta fuerit, quæ videatur eam summam ad aliquas circumstantias restringere, quanvis ea falsa fuerit, legatum non perimet. Ut fit in hac specie, si testator alicui leget decem, quæ Titio debet, nec quidquam Titio debeat. Decem, inquam, hic debebuutur, nec falsa demonstratio adjecta perimet legatum. *L. si sic legatum*, 75. §. 1. *D. de leg.* 1. Differentiæ ratio est, quod certi loci definitio etiam in pecunia certum corpus facit, quod scilicet non ubivis sit, sed in eo tantum loco, qui designatus est. *L. plane*, 34. §. *sed si non corpus. D. de leg.* 1. Quo fit illud, quod ante dixi, ut, si id corpus non sit in eo loco, intelligatur legatum esse id, quod non sit in rerum natura. At ubi summa certa posita est nullo loco circumscripta, apparet, legatam esse eam, quæ in rerum natura sit; quæ cum possit præstari undecumque sumpta, valet legatum, cui falsa demonstratio adjecta non nocebit. *d. L. quib.* 40. §. *pen. D. de cond. & dem.*

XXIII. Altero modo fit, ut demonstratio eam rem indicet, quæ nulla sit in rerum natura, si verbis quidem demonstrationis, exprimatur res, aut summa certa, & quam in rerum natura esse constet: vi autem ipsa alia res legari intelligatur, quæ in rerum natura non sit. Quod accidit in his duabus caussis, si testator leget Titio decem, quæ, demonstratione addita, vel dicat sibi ab eodem Titio deberi; vel dicat sibi deberi ab alio tertio, puta Sempronio: & neque Titius, neque Sempronius quidquam debuerit. Ecce utrobique certa summa decem expressa est, quæ nullo loco definita, ubique potest reperiri. Addita quidem est summa falsa, quia dicerentur hæc

5) Objic. *L.* 88. §. 10. *de leg.* 2. Pac. 6. *Q.* 32. distinguit inter fideicommissa *d.* §. 10. & legata, quorum natura strictior. Male quia ratio quæ in *d.* §. 7. redditur, æque fideicommissis convenit. At plane non obstat *d.* §. 10. Nam ibi non res loco circumscribitur, in quo non est. Sed denaria tria vere deposita fuerant, neque enim id negatur, sed alterum tantum quod non debuerit testator, quod non obstat ne legata quidem *d. L.* 75 §. 1. *de le.* 1.

6) Dns. omnino a. Fab. 5. *Conject.* 2. per ipsam *L.* 75. *de lib. leg.* ibi *quod si nihil debeat.* Hoc enim casu, inquit, legata est quantitas non liberatio, tametsi si debitor esset, nihil liberationem petere posse.

hæc decem debita testatori vel a Titio legatario, vel a Sempronio extero. Sed diximus, cum res certa legata est, quæ in rerum natura sit, falsam demonstrationem legatum non perimere. *d. L. quib.* 40. §. *pen. de con. & dem.* Quid restat igitur, dicat aliquis, nisi ut in utraque etiam specie superiore respondeamus Titio decem legata deberi non refragante falsa demonstratione? Negant tamen veteres quidquam esse in utroque legato. *L. legavi. D. de lib. leg. L. si sic legatum*, 75. §. 1. *D. de leg.* 1. Atqui Africanus in *ead. L. si sic.* §. 1. scribit id, quod paulo ante attigimus, & probavimus, si testator leget Titio decem, quæ ipse se dicat vel illi, vel alii debere: etsi nihil debeat, tamen utile legatum esse, nec falsam demonstrationem perimere legatum. Cur hæc tam varie? Quia in his legatis proximis duobus, legantur quidem *verbo* decem; *re* autem *vera* & *vi* ipsa aliæ res, quæ nullæ sunt. In priore quidem liberatio a debito decem: in posteriore autem actio ad decem petenda, adversus eum, qui dictus est testatori debere: quarum rerum neutra in his legatis intervenire potest. Ita est; cum testator ita legat, Titio decem, quæ mihi debet, non legat decem, sed liberationem ab illis decem, idest, damnat heredem suum, ne illa petat, *d. L. legavi, de lib. leg.* Atqui nulla est liberatio hominis non obligati. Recte igitur respondetur, 7) nullum hic legatum esse, in quo legata est res, quæ nulla est. Rursum cum testator ita legat: decem Titio, quæ mihi Sempronius debet; non legantur hic decem, quæ heres præstet, sed legatur actio adversus Sempronium. *d. L. si sit legatum.* 75. §. 1. *in fi. de leg.* 1. Quæ profecto actio nulla esse potest adversus eum, qui nihil debuit, cum non sit actio nisi de eo, quod nobis debetur, ut declarat definitio actionis. *Inst. de act. in pr.* Nihil horum subest in hoc legato: lago Titio decem, quæ illi, aut Sempronio debeo, ubi testator nihil debeat. Neque enim potest videri legare debitori suo liberationem, cum se potius fateatur debitorem esse, 8) neque actionem adversus alium debitorem, cum alium debitorem non profiteatur, sed seipsum. Ita restat, ut, liberatione, & actione sublata, quæ hic legentur, sola restent decem, quæ sint in legato. Quæ cum sint in rerum natura, necesse sit ita deberi, ut legato falsa demonstratio adjecta non noceat. *d. L. quib.* 40. §. *pe. D. de con. & dem.*

XXIV. Exit etiam interdum demonstratio in conditionem. Quod cum fit, si demonstratio falsa est, legatum non debetur, quia hac conditione relinquebatur, si verum esset, quod in demonstratione positum erat. Abit autem demonstratio in conditionem aut apertis verbis testatoris, aut ex tempore, ad quod demonstratio confertur.

XXV. Apertis verbis testatoris, si demonstrationem efferat conditionaliter. Veluti si dicat, Titio Stichum do, si is a patre Titii ad nos non pervenit ex donationis causa. Sic enim in universum jus est de conditionibus in præsens tempus, aut præteritum collatis, ut si falsæ sint, statim infirment obligationem. §. *conditiones. Inst. de ver. obl.* Tum autem hoc idem traditur de falsa caussa conditionaliter concepta. *d. L. demonstratio* 17. §. 1. *de cond. & dem.* & §. *longe. Inst. de leg.* Valeat igitur in demonstratione eodem modo enuntiata, cum caussa falsa per sese minus nocere legato dicatur. §. *longe Inst. de leg.*

XXVI. Ex tempore demonstratio naturam conditionis assumit, cum ex futuro sumitur. Ut in hac specie, Stichum, qui meus erit, cum moriar, Titio do lego. Hæc oratio, *qui meus erit*, *cum moriar*, conceptione verborum demonstratio est; re vera conditionem habet, si meus erit, cum moriar; & legatum facit conditionale, ut quatenus meus non erit nunc temporis, eatenus nec legatus videatur. *L.* 6. *D. de leg.* 1. Quippe ita natura est conditionis, ut quidquid fieri velimus prius, quam quid aliud sequatur, id conditionem faciat. De quo dicetur postea sub Tit. de conditionibus.

XXVII. Jam vero, ut vera sit demonstratio, nonnunquam tamen legatum statim vitiat. Quod fit, cum turpi signo legatarius demonstratur, & ea sola demonstratione ad legatarium designandum testator utitur. Veluti, si ita leget, illi, qui nuper in hac urbe ob furtum fustibus cæsus est, decem dari volo. Inutile legatum est. Et hoc est, quod dicitur in *L. turpia.*

7) Consentit quoad hunc casum A. Fab. *d. loc.* de eo solo *d. L.* 75. § 2. loqui ostendens. Nam legato, inquit, nomine certæ quantitatis, nomen legatum, non quantitas, nec ad aliud teneri potest heres, quam ad cedendas, & præstandas actiones. Unde fit, ut sub conditione relictum videatur, *si Sejus debeat*; qua deficiente, substantia legati deficit. Aliter Cujac. 5. *ad African. ad L.* 108. §. 10. *de leg.* 1. negatione *in d. L.* 2. vers. *Sed poterit.* inserta legens, sed non poterit hoc dici, &c.

8) Vid. P. Greg. 42. *Synt.* 32. *n.* 53. & *n.* 54. & Gml. *ad L.* 1. *de V. S. n* 17.

pia. 54. *D. de leg.* 1. turpia legata, quæ denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis haberi. Quod quale sit, & quam rationem habeat, exposui pluribus in institutione heredum in ea parte, cum quæritur, quomodo heredes institui possint. Nam & institutioni turpis ista demonstratio similiter nocet. *L.* 9. §. *si quis nomen. D. de her. inst.* Pertinet & hæc caussa ad finem legati, & ad hunc quidem maxime, cum hic non tam demonstratio vitiet legatum, quam finis improbatus propositus testatori. De quo ideo & in fine legati nobis sermonem fieri necesse est.

XXVIII. Et *caussa* legati, si falsa est, interdum obest legato. Quod tunc fieri generaliter probandum est, cum apparet, testatorem, si sciret falsam esse caussam, legaturum non fuisse. *L. cum tale* 72. *falsam. D. de con. & dem.*

XXIX. Deprehenditur hæc voluntas partim ex anterioribus sermonibus testatoris, partim ex conceptione ipsa legati.

XXX. Ex sermonibus testatoris: ut si testator aliquando apud amicos, aut propinquos ita dixit: Si Titius mea negotia non curasset, nihil haberem, cur ei quidquam relictum vellem. Nunc cum negotia mea curarit, ut fecisse dicitur: facere non potui, quin hoc officium aliquo legato remunerarer. Finge ergo negotia testatoris a legatario curata non esse. Voluntas facit, ne legatum peti possit. Quo casu ita summo jure peti poterit propter regulam juris de falsa caussa traditam, ut adversus petentem doli exceptio locum habeat. Et de hoc genere sensit Papinianus in *d. L. cum tale*, §. *falsam*, *de cond. & dem.*

XXXI. Conceptione ipsa legati fit, ut in falsa caussa voluntas legato deesse intelligatur, si 9) caussa conditionaliter concepta sit, hoc modo: Titio fundum, si negotia mea curavit. Ideo negotiis non curatis, conceptione ipsa legatum est inutile. *d. L. demonstratio.* 17. §. 1. *de con. & dem. d.* §. *longe. Inst. de legn.* Jam enim dixi, conditiones in præsens, aut præteritum tempus collatas, si falsæ sint, statim infirmare obligationem. §. *conditiones. Inst. de verb. obl.* Itaque hoc casu legatum non debebitur ipso jure, eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur.

XXXII. *Conditio* quoque in ea caussa est, ut non omnis legato utiliter adjiciatur. De quo in hac specie idem accidit, quod in heredum institutionibus: ut quædam pro non adjectis habeantur, interim legatum valeat; quædam ita inutiliter adjiciantur, ut legatum ipsum vitient. Prioris generis sunt conditiones impossibiles; item quæ jure pro talibus habentur: omnes scilicet contra jus, aut bonos mores scriptæ; tertio loco derisoriæ. Has omnes in testamentis placet, pro non scriptis haberi. De impossibilibus traditum in *L.* 3. *D. de cond. & dem. L.* 1. *D. de cond. inst.* §. *impossibilis. Inst. de her. inst.* De iis quæ sunt contra jus, aut bonos mores, in *L. conditiones*, *quæ* 9. *L. conditiones contra*, 14. *D. de cond. inst.* De derisoriis *in d. L. conditiones contra* 14. *de cond. inst.* De quibus ideo nunc sum brevior, quia constitui infra de his plura dicere in communi loco, quem mihi præscripsi de conditionibus.

XXXIII. Legatum vitiant adjectæ duæ, similiter ut in heredum institutione fieri diximus: 10) captatoria, & quæ in alienam voluntatem confertur. De captatoria scriptura ita traditur in *L. captatoriæ.* 64. *D. de leg.* 1. captatoriæ scripturæ simili modo neque in hereditatibus, neque in legatis valent. Quæ esset captatoria scriptura, exposui in heredum institutionibus in ea parte, in qua quæritur, quomodo heredes institui possint. Inde petendum.

CAP.

9) Cujac. in *Par. h. t.* definitur Adjectio ostendens, quid legatarium ex legato facere testator velit. Modus est caussa finalis, caussa est caussa impulsiva. Potest & sub modo conventio contrahi. Exemplum emptionis sub modo contractæ *L.* 47. *de contr. empt.* ubi Cujac. Convenit cum conditione in futuro tempore; differt, quod legatum capitur ante modum adimpletum. Matthæus. *Lib.* 2. *Epit. Legat.* C. 11. n. 3. Fr. Sarment. 2. *Select. Interpr.* 3. n. 1. Cujac. *Consult.* 2. & distinguitur ab ea per voculas, *si*, *&* *ut*, P. Gregor. 42. *Synt.* 32. n. 51. Chifletio *Lib.* 2. *de Jur. Fideicommiss.* C. 12. definitur. Modus: Caussa legandi, seu fideicommittendi moram habens cum sumptu, per *L.* 80. *h. t.* ubi pro, *cum sumpt.* ,male Forner. 1. *Select. ult.* & Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 9. reponunt, *conjunctam.*

10) Ex interpretatione prudentum SC. ad legata trahentium. A. Fab 57. *Error. Pragm.* 2. ubi & *Err.* 1. ac 3. ad fideicommissa captatoria hoc porrigi non posse, quippe quæ nulla dari posse contendit, scribit; alia a recepta huc usque semper interpretatione dissona proferens. In quibus refellendis nunc non immoror.

Digitized by Google

CAP. XV.

De legato in voluntatem alicujus collato propria tractatio. Tum de eo quod ad diem, aut conditionem relictum est.

Legatum in voluutatem legatarii etiam apertn conditione collatum valet, scd efficitur conditionale. I.

Collatum in voluntatem extranei inutile est. II.

Scilicet si voluntas verbis expressa; secus ubi tacita intelligatur. Et cur expressn noceat, non expressa non noceat. III. IV. V.

Quid si collatum in alienum arbitrium. V.

Utrum regulæ traditæ a Modestino in L. nonnunquam 52. D. de condit. & demonstr. *nimirum in alienam voluntatem legatum conferri non posse, contrarium sit quod ait Ulpianus in* L. Senatus. 43. §. legatum D. de legat. 1. *legatum in alicna voluntate poni posso, in heredis non posse.* VI.

Vulgarem Interpretum conciliationem Auctor profert. VII.

Deinde rejicit, suam exponens. VII. VIII.

Legatum in voluntntem heredis collatum nullo modo valet. IX.

Quid, si legati solutio conferatur. X.

Eorum, quæ legatis extrinsecus adjiciuntur, finis, & effectus duplex. XI.

Demonstrationem, & causam adjici legati juvandi causa. XII.

Quo spectet demonstratio. XIII.

Quo causa. XIV.

Temperandi, minuendique legati causa hæc tria adjiciuntur: dies, cnoditio, modus. XV.

Temperari his legatum duobus modis, & quibus nam. XVI.

Dies, & conditio legatum differunt. XVII.

Item ei finem injiciunt. XVIII.

Uti & modus. XIX.

I. DE legato in alicujus voluntatem collato propria quædam tractatio est digna accuratiore animadversione, quæ ideo separatim in hunc locum a me conferetur. Legatum sic in alicujus voluntatem confertur, ut conferatur in voluntatem aut legatarii, aut heredis, aut alterius alicujus extranei. In voluntatem [1] legatarii aperta conditione recte legatum conferri placet, hoc modo: Titio fundum illum do, si volet, si voluerit: non sane hactenus, [a] ut tantum legatum valeat, detracta alioqui conditione quasi supervacua, ut quæ si addita verbis non esset, inesset tamen: sed ut conditio etiam ipsa per se adjiciatur utiliter, & legatum efficiat conditionale. Unde evenist, ut legatum ita ad legatarium pertineat, si dixerit se velle ad se pertioere; priusquam antem id dixit, si decedit, nihil inde ad heredem suum transferat. Hoc in *L. si ita legatum.* 65. *D. de leg.* 1. *L. si ita expressam.* 69. *D. de cond. & dem.* Non obstat, quod dicitur, cooditiones, quæ tacite iosunt, non facere legata conditionalia: *L. conditiones.* 99. *D. de cond. & dem.* item, frustra adjici, quod etsi adjectum non esset, tamen inesset. *L. Cornelius.* 69. *D. de her. inst.* Hæc enim conditio, si legatarius voluerit, non est hujus generis. Quippe legato adjecta hanc habet sententiam, ut non aliter legatum acquiratur legatario, quam si voluerit. Nulla talis conditio inest, si expressa non fuerit. Etenim legatum, cujus dies cessit, potestate juris statim legatario etiam ignoranti acquiritur: ut si quaodoqne postea statuerit, velle se id ad se pertinere, jam a principio ejus legatum fuisse videatur. *L. cum pater.* 77. §. *surdo. L. legatum.* 80. *D. de leg.* 2. Sane non acquiret legatarius legatum, nisi volet. Neque enim invito cuiquam liberalitas acquiritur. *L. hoc jure.* §. *non potest. D. de don.* Sed non eo spectat hæc conditio, ot non prius acqniratur ei legatum, quam voluerit. Sed ut nulla sit necessitas quæsiti retioendi, si ooluerit postea ad se pertinere. *L. si tibi homo.* 86. §. *cum servus. D. de leg.* 2.

II. De voluntate heredis ita scribit Ulpianus in *L. senatus.* 43. §. *legatum. D. de*

1) Neque enim sic pendet ex aliena arbitrio. Nam spectamus, an is, quem obligari oportet, necessitate obstrictus sit. Aliter autem cui quid eo actu quæritur invitus ad id accipiendum cogi nequit, Rob. 2. *Sent.* 10.

a) Male igitur. Connan. 10. *Comm.* 6. *n.* 2. Gomez. 1. *Resol.* 12. *n.* 47. Robert. *d. C.* 10. ideo expressione hujus conditionis non vitiari legatum, quia etsi non exprimeretur, tamen actus inesset.

D. de leg. 1. Legatum in aliena voluntate poni potest: in heredis non potest. Sed cum his verbis plus tribuere videatur alienæ voluntati ad legatum ex ea constituendum, quam voluntati heredis: de aliena prius videamus, cogniturі postea ordine, si quid sit amplius, quod voluntati heredis in legato constituendo denegetur. Et de aliena voluntate ita regula juris traditur in *L. nonnunquam.* 52. *D. de cond. & dem.* in alienam voluntatem conferri legatum non posse. Ubi alienam voluntatem dici constat, extranei voluntatem, qui neque legatarius sit, neque heres. Nam præterquam quod in legati præstatione non potest dici ab ea alienus aut is, cui legatum præstatur legatarius, aut is, qui præstat, heres: certis etiam sententiis veterum sic voluntatem alienam hic accipi debere declaratur. Convenit enim inter omnes, legatum in voluntatem legatarii sic conferri posse, ut quanvis expressa sit conditio, si legatarius volet, tamen & legatum valeat, & conditio non inutiliter adjecta legatum reddat conditionale, ut paulo ante ostendimus. Voluntas autem extranei cujusque a voluntate heredis ita distinguitur ab Ulpiano in superiore sententia, quam modo citavi, ut ea, quæ heredis non est, sola dicatur aliena voluntas. Legatum, inquit, in aliena voluntate poni potest: in heredis non potest. Sit ergo hæc sententia: legatum in voluntatem extranei cujusquam, qui neque legatarius sit, neque heres, conferri non posse. Quod sic intelligendum est, ut si collatum fuerit, inutile sit legatum, ut & heredis institutio eodem modo concepta. *d. L. nonnunquam.* 52. *de cond. & dem. L. si quis Sempronium.* 68. *D. de her. inst.* Satis constanter, ait Cajus, veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se rata esse oportere, non ex [3] alieno arbitrio pendere. Sumptum ex lege duodecim tabularum, quæ jubet, supremam voluntatem ratam esse, sed ita, si quis quid legassit. Legare, ut initio diximus, est quid decernere, ac velut pro imperio statuere de re sua. Quale imperium, & decretum non est in eo, qui ipse de re sua nihil certo statuit, sed rem permittit alieno arbitrio.

III. Regula superior generaliter scripta est, ut ex verbis videri possit inutile esse legatum, utcumque ponatur id in alterius voluntate, idest, fiat, ut nisi ille velit, legatum non debeatur. Sed regula sic accepta est, ut voluntatem intelligere debeamus, voluntatem verbis expressam, & eam meram, non arbitrii verbo temperatam. Primum ita placet legatum in alienam voluntatem collatum non valere, si aperte, & expressa conditione collatum sit in eam voluntatem, hoc modo: si Mævius voluerit, Titio decem do. At, si omissa alienæ voluntatis expressione, quid legatum sit, ubi ea voluntas verbis tecta nihilominus intelligatur: contra esse velut si testatur ita leget, Titio decem, si [4] Mævius in Capitolium ascenderit. Sic regula in legatis explicatur in *d. L. nonnunquam.* 52. *de cond. & dem.* Nec alia voluntatis interpretatio est in heredum institutionibus in alienam voluntatem collatis, ut declaratur in *d. L. si quis Sempronium.* 68. *de her. inst.*

IV. Quid ergo interest, dicet aliquis, utrum quid exprimatur oratione, an vero oratione ita concipiatur, ut non intelligatur minus, nec minus insit, aut præcedere debeat, quam si verbis expressum foret? Res utrobique eadem est, & quid refert, quibus verbis indicetur, dummodo indicetur? An ignoramus, dum res intelligatur, rem spectandam esse, non verba? & leges rebus scriptas esse, non verbis? *L. 2. in fi. C. comm. de leg. L. quoniam. C. de testa.* Dicemus recte, hæc dici in his, quæ jure fiunt, de quibus id agitur, ut quovis modo intellecta, rata sint; non pertinere ad ea, quæ jure adjici prohibentur. Quoties lex vetat aliquid adjici, si exprimatur, ideo nocet, quia adjicitur contra, quam lex jubet. Si non exprimitur, contraria de caussa ideo non nocet, quia nihil hic fit, quod lex vetuerit. Animadverti enim debet, ubi non exprimitur id, quod lex exprimi vetat, si verbis legetur, semper verba aliud expri-

3) *L. 32. de her. inst.* Hot. 1. *Amicab.* 5. Unde & testamentum definitur voluntatis nostræ sententia. Arumæ. *ex Jud.* 9. *th.* 9.

4) Legatum, cujus hæc conditio. *Si Titius Capitolium adscenderit*, non principaliter pendet ex Titii voluntate, sed in consequentiam. Quid enim si Titius aperte testetur, se nolle, ut Mævius sit heres, legatumve capiat, adscendat tamen, heres Mævius nihilominus erit, legatumve percipiet, Duar. *de Cond. Instit. C.* 4. *f.* 415. Et quid si nesciens conditionem adscriptam adscendat, æque conditio existet, Jo. Danth. *de Testam. n.* 31. Arcis etiam Capitolinæ solum præaltum, quo a precatoris, & sacrificatoris adscendebatur, ut multis probat Duar. 1. *Disp.* 15. quanquam recte Sarmiento. 2. *Select. Interpr.* 1. *n.* 7. non ideo in ea conditione rationem religionis haberi, alioqui conditio negativa, *Si Capitolium non adscenderit*, reiiceretur ut religioni adversa, contra *L. 3. de leg.* 2. Rob. 1. *Sent.* 10. Conditio, inquit, non confertur in meram voluntatem, sed refertur ad factum. Nam si contigerit adscendisse, facti illius revocandi potestas non est. Conditio autem, *si voluerit*, futuri temporis tractum perpetuum includit, & mutandæ voluntatis potestatem delatam significat *L. 46. §. ult. de V. O.* Aliter Connan. 9. *Comm.* 4. *n.* 3. sed incommode, nimirum certum hic esse testatoris judicium, qui voluerit & Mævium esse heredem, & Titium Capitolium adscendere.

primere, quam quod jure adiicere conceditur. Ut cum ita legatum est, Titio decem do, si Mævius Capitolium ascenderit, intelligitur hic quidem voluntas Mævii, quoniam ipse non ascendet, nisi voluerit; sed conditione exprimitur factum ejus, quod a voluntate distat plurimum. Fieri enim potest, ut Mævius velit ascendere, & non ascendat postea, multis rebus incidentibus, propter quas nolit, aut non possit. Fieri [5] etiam potest, ut ascendat nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat, & gratificetur legatario. Non mirum igitur, si jus conditionem in id factum collatam recipit. Qua semel recepta, simul fit, ut voluntatis tacita significatio nihil noceat, quo scilicet conditio recte addita maneat. Inde dictum, ait Modestinus, expressa nocent: non expressa non nocent. *d. L. nonnunquam. de cond. & dem.* Quod & in regulam juris abiit. *L. expressa. D. de reg. jur.* Dictum, inquam, de his, quæ adjici vetantur. Nam quæ non prohibentur, pariter & expressa & non expressa nihil nocent. Ut puta, utilis institutio est, Ille mihi heres esto. Ubi tacita conditio intelligitur, si ipse voluerit; quia nemo extraneus invitus fit heres. At non minus illa utilis, Ille heres esto, si voluerit, expressa nimirum ea conditione, quæ si non esset expressa, intelligeretur tamen; scilicet quia hæc conditio adjici non prohibetur. *L. Cornelius.* 69. *D. de her. inst.* Idemque est, etsi in legato eadem conditio exprimatur. *L. si ita legatum.* 65. §. 1. *D. de leg.* 1.

V. Non solum in superiore regula voluntatis *alienæ* verbo intelligi debere placet voluntatem conditione expressam; sed &, ut dixi, voluntatem meram. Cæterum in arbitrium alienum collato legato, etiamsi conditione aperte concepta id factum sit, placet nihilominus, utiliter legatum relinqui. De quo sic verba sunt Ulpiani in *L. 1. D. de legat.* 2. In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest. *Veluti conditio*, sic accipe, aut sicut conditio aliquando in alienum arbitrium, atque adeo voluntatem conferri potest, nempe tacite, non expressim, aut in modum, & formam conditionis; seu ita, ut arbitrii etiam conditio exprimatur, ac non intelligatur tantum: quod est verius. Id enim ipse idem alibi sic pluribus explicat, ut dicat, fideicommissum ita relictum non deberi, si heres, multoque magis tertius aliquis voluerit; at si ita adscriptum fuerit, si fuerit arbitratus, si putaverit, si æstimaverit, si utile illi fuerit visum, vel videbitur, deberi; quia plenum arbitrium voluntatis his verbis datum non sit, sed quasi [6] viro bono commissum relictum. Hoc ille in *L. fideicommissa.* 11. §. *quamquam. D. de legat.* 3. Idem in *d. L.* 1. *de leg.* 2. superioris sententiæ hanc rationem reddit: quid enim, inquit, interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si Titius voluerit? Quid ergo? his verbis superiorem ejus sententiam confirmari putamus, ac non potius totam distinctionem supra a nobis positam everti? Nam si inter ista nihil interest, quid restat,

5) Uti fere Hot. 1. *Amicab.* 5. & ipse noster *ad L.* 43. *de V. O. n.* 5. sed posterior ejus explicatio convenientior Cujac. 2. *Obs.* 2. legit conditionem, ut sit sensus, quod in aliena voluntate, tanquam in conditione poni possit *L.* 43. §. 2. *de leg.* 1. Sed displicet id Hotom. *d. C.* 5. Et recte noster.

6) Ut vult Cujac. *C.* 2. quasi IC. velit, tam hanc conditionem *si voluerit*, quam illam, *si adscenderit*, utilem. Quoad illam tamen distinguit sic: Aut his verbis, *si Titius voluerit*, testator totum in voluntate posuit, ut in arbiter, & quasi dator esset legati, & non valet *d. L.* 52. *&c.* aut pro conditione accepit, hoc sensu: si acciderit aliquando, ut consentiat Titius, & utile est *d. L.* 1. *de leg.* 2. *d. L.* 41. § 2. *de leg.* 1. Movetur quod hæ conditiones plane pares habentur in *L.* 46. §. 2. *de fid. lib.* Non multo aliter Connan. 10. *Comm.* 6 n. 4. F. Fab. *ad L.* 22. §. 1. *d. R. I.* Rob. 2 *Sent.* 21. item interpretans, *nihil interesse*, *&c.* sic distinguit. Si dispositio omnino posita in voluntate extranei, inutile legatum; quod fit si præcedat mentio voluntatis extranei, sequatur declaratio voluntatis testantis, ut *Si Titius voluerit Mævio* 10. *do lego.* Sin prius testator meminerit voluntatis suæ, eique velit accedere voluntatem Titii, ac eam veluti conditionem legato per se firmo adjecit, utile, ut *Sejo* 10. *lego si Titius voluerit.* Nam tunc inniti voluntati testantis, quam tamen idem convelli voluit si Titio ita videretur. Et ita ponit Rob. discrimen in verbis, & eorum forma. Ita tamen esse sentiens si Titium prius nominaverit, modo appareat, eum tantum voluntatem Titii suæ adjicere voluisse, ut *Si Titius voluerit Sejo* 10. *dari volo.* Incommode. Scripturæ hoc est ordinem sequi magis, quam voluntatem testantis, contra §. 34. *I. h. t.* Nam uti in alia conditione apposita nihil interest præponatur legato, an consequatur; nec eo ordine illo alia mens testantis conjicitur, quasi illo casu ita demum velit rem habere legatarium testator, si conditio exstitat, hoc simpliciter habere velit, sed in conditionis defectum ei adimi: Ita neque hic ex solo ordine, formave verborum tam probabilis est conjectatio diversæ voluntatis. Incommode & Cujac. *ul supr.* Relinquit enim indecisum, quando, & unde liqueat utrum testator his verbis nam *Si Titius voluerit* merum arbitrium dederit Titio, an vero pro conditione acceperit. Et quando etiam certum pro conditione accepisse, neque verum est per se firmum esse, aut ex mero, libero, absolutoque testatoris, uti debet, arbitrio pendere relictum. Incommode Hotom. qui licet accipiat *d. L.* 1. & consequentes non de pleno, & mero, sed boni viri arbitrio, putat tamen ICtos dissensisse, uti & Pr. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 6. n. 29. Quod referre est refellere. Incommode Duar. *de Cond. Instit. C.* 4. *cir. fin.* cum voluntatis duæ sint species, arbitrium, & mera voluntas, verba *d. L.* 1. *si voluerit*, accipienda esse de altera non utraque specie, arbitrio scilicet; ac si dixisset IC. *si arbitratus fuerit.* Commodissime autem Donellus noster, qui hic est eximius. Nec obst. *d. L.* 46. §. 2. *de fid. lib.* Nam non probat pares esse conditiones has *si voluerit*, *&* *si Titius Capitolium ascenderit*, quarum disparitatem noster, & Duar. perspicue ostendunt. Sed ibi sustinetur fideicommissum favore libertatis, Duar. *de Cond. Instit. C.* 4. *in f.* Et non ibi comparantur hæ conditiones in eodem, sed diverso relicti genere, *quemadmodum si mihi legatum esset*, *&c.* id est. Uti legatum non vitiat conditio, Si Titium in Capitolium adscenderit; ita nec libertatem illa, Si Titium voluerit.

stat, nisi, ut quemadmodum utile est hoc legatum, Mævio decem, si Titius Capitolium ascenderit, ita dicamus & hoc pariter valere, Mævio decem, si Titius voluerit, ut sic efficiatur certo & hoc utile esse, Mævio decem, si Titius arbitratus fuerit? Et sane hæc esset Ulpiani sententia, si quidem superioribus verbis intelligeret inter ista, quæ dicit, nihil interesse. Sed diligenter cavendum est, ne id eum 7 sentire existimemus. Est enim constans veterum sententia testata non uno loco, inter istas conditiones ad vim institutionis, & legati tantum interesse, ut ex illa, si *Titius Capitolium ascenderit*, institutio, & legatum valeat; ex hac, *si voluerit*, non valeat. *L. si quis Sempronium*. 68. *D. de her. inst. d. L. nonnunquam* 52. *D. de cond. & dem.* Certa usque adeo sententia, ut etiam in regulam juris abierit. Expressa nocent, non expressa non nocent: ut traditur in *d. L. nonnunquam de cond. & dem.* & *L. expressa. D. de regul. jur.* Quid ergo superiore interrogatione sibi voluit Ulpianus? Nempe hoc contra, [8] multum interesse inter ista, quæ dicit: hac lege, ut intelligamus, *quid*, positum ab eo pro *quantum*: quasi ita scripsisset, quantum enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit? Quod qui interrogat, exspectat, ut sibi respondeatur, multum. Atque hic hujus verbi, atque interrogationis sæpe apud probatos auctores usus est. Talis certe est in illo Terentii ex Eunucho *act.* 2 *sce.* 2. *Dii immortales homini homo quid præstat*? Stulto intelligens. Quid interest? Ubi constat hoc quæri, quantum inter istos intersit, atque hoc significari, multum interesse in omnes partes. Et vero non alia sententia Ulpiani instituto potest convenire; ut profecto alia interpretatio ex ejus mente capi non possit. Apparet enim, superiore ratione hoc eum agere, ut probet, quod posuerat, legatum in alterius arbitrium expressa etiam conditione conferri posse. Obstabat ei, quod dicitur, & certi juris est, inutile legatum esse, si mihi legetur hac conditione, si Titius voluerit, quo effici videbatur, etiam tunc legatum fore inutile, si mihi legetur hac conditione, si Titius arbitratus fuerit. Ille huic objectioni tacitæ velut occurrens ostendit, multum interesse, utrum legatum in apertam, & meram voluntatem alterius conferatur, an in eam, quæ verbis tecta, intelligatur tantum, non exprimatur. Quantum enim interest, inquit, utrum si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit? Certe tantum, ut ex posteriore hac conditione legatum inutile esse constet, ex priore illa valere. Quod ita est, ne sit mirum, aut novum, si dicamus, legatum in alterius arbitrium aperte conferri posse, ubi *arbitrii* verbo voluntas mera non exprimitur, ac ne tegitur quidem. Quid ergo inest in hoc legato, quod in arbitrium alienum collatum est, quo id intelligatur? Explicat idem Ulpianus in *d. L.* 1. *in fi. D. de leg.* 2. Neque conditio inest ei legato, inquit, neque mora; cum placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi. Quæ autem mora est in boni viri arbitrio, quod injectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii?

VI. Atque hæc de legato in voluntatem extranei collato actenus & juris regula est, & regulæ ejus interpretatio certis locis confirmata. In qua & nos acquiescere statim oporteret, nisi nos impediret definitio illa ejusdem Ulpiani superior, quam initio hujus partis posui, adeo proximæ isti regulæ contraria, ut ad eam tollendam consulto posita videatur. Regula juris est Modestino, in alienam voluntatem legatum conferri non posse. *d. L. nonnunquam*, 52. *de cond. & dem.* Ulpianus velut repudiana contrario modo definit, aitque, legatum in aliena voluntate poni posse: in heredis non posse. *d. L. senatus*. 43. §. *legatum. D. de leg.* 1. Quid dicemus? diversa hæc esse, conferra quid in alicujus voluntatem, & idem ponere in ejus voluntate? Atqui nemo ignorat latinis, & præsertim auctoribus juris hæc duo idem valere. Nam & quod conferimus in voluntatem alicujus, conferendo ponimus in ejus voluntate: idest, facimus, ut incipiat in ejus voluntate situm esse: & quod fecimus, ut in ejus voluntate esset, ita consecuti sumus, dum in eam contulimus. Denique utraque oratione significatur, rem aliquam alicujus voluntati, & arbitrio permittere, facereque, ut inde pendeat. *L. illa*, 32. *D. de her. inst.*

Nec

7) A. Gentil. 1. *Le. L.* 19. Quid interest? Hoc scilicet interest, quod illic in arbitrium veluti conditio confertur, hic expressa voluntas appellatur. Pari sensu hæc verba, *quid interest*, in *L.* 55. *de cond. & dem.* vid. not. *infr. N.* 15.

8) Bonum virum cum hic dicimus non judicem dicimus, licet & is boni viri officio fungi debeat *L.* 4. §. 1. *Fam. erc.* sed quemcunque virtutibus instructum, justum, fidum, innocentem, Cujac. 2. *Obs.* 2. Indigne vero faciunt, qui hinc colligunt, Cujac. negare judicem esse virum bonum. Menoc. *de Arb. Jud. in Proœm.* 9. Quo sane ab ipsius verbis nihil alienius, immo pugnantius.

Nec quisquam interpretnm, quod sciam, ad hæc concilianda eo confugit, ut hæc aliud atque alind significare diceret. Sed non sane multo tutius elegerunt quod facaret ad ista concilianda, in qeo taman magno consensu acquiescunt omnes difficultata victi, & dum melius non raperiunt.

VII. 9 Ajent, quod Ulpianus dicit, legatum in alieea voluntate poni posse, sic esse interpretandum, ut poni possit in aliena quidam voluntata, varntaman non aliena cujnslibat: sed tamen interdum aliana. Cujus igitur? nampa legatarii, cui nominatim legari potast sub hac conditione, si voluerit: *L. si ita legatum*, 65. §. 1. Qund autem Modestinus ait, legatum in alienam voluntatam conferri non posse in *d. L. nonnunquam. D. de cond. & dem.* de volnntate aliena axtraeci accipiendum assa volnnt, ut in quam scilicet legatum conferri non possa constet, & de qua sentire Modastienm axampla apud eum proposita declarent, quæ omnia ad voluetatem extranei collata sent. Et de Modeatino recte respondaet; nec de eo ulla est controversia: adeo & verba regulæ hanc volnntatam extranei indicant, & santentia Modestini ex his, quæ ante posuit, parspicua est. Sed da verbis Ulpiani quæritur. Ille totidem verbis generaliter da aliena voluetata loquitur, & dafinit, legatnm in hac voluutate aliena poni posse, id sentiens, quod ante dixi, legatum scilicat in alienam voluetatem conferri possa. Isti in iisdem verbis volnotatem alienam interpratantur, alibi voluntatem legatarii, alibi, cum ipsis commodum visnm est, volnntatam extranei. Si genaraliter scriptnm est ntrumqua; cur non generalitar ntrumque accipiunt, ut fieri debere ubique præcipitur? *L. si servitus. D. de ser. urb. præ.* Si non est interpretandum generaliter, quo jura sibi parmittunt in una regula vuluntatem aliceam de una spacie volnntatis interpretari, in altera regnla da specie voluutatia diversa?

VIII. Sed mittamus subsultoriam istam levitatem interpratationis, ut aesa ipsam oppugnantem, & certe auspaetam manifestæ falsitatis, cum veritas sibi ipsa conatet, & in iisdem varbis, iisque generalibus, unam & eamdem sentantiam admittat. Illed poties urgasmus, *alienæ voluntatis* verho in sentantia superiora Ulpiani, voluntatem legetarii intelligi non possa. Rapugnat & significatio verbi, & veternm esus. In primis varbi significatio. Ea enim in legato voluntas aliena dicanda est, quæ est voluntas ejua personæ, quæ est a legato aliena. Legatarii persona a lagato aliana noe est, sed ea quam præcipue legatum attingit. Non igitur voluntas legatarii in legato adipisceudo aliena voluntas dicenda est. Quod ad usum veterum attinet, est hic eorum certus, & constana usus, nt alieeam voluntatam, alienum arbitrium numquam vocent, nisi eorum, ad quos negotium, de quo agitur, non pertinet sive de haredum institutionibus agatur, aiva de legatis, omnibusque aliis supremis voluntatibus. Definiuet veteres, institutionem haredis alieno arhitrio permitti non possa. Item testamentorum jura non oportere ex alieno arbitrio pendere. Hoc ie *L. illa.* 32. *D. de her. inst.* An non hoc sentiunt, quod ibidem declaratur, non passe quem institui, si extranens aliquis voluerit, aademqne coeditione nulli legari possae? Contra quis est unquam, qni hoc aic acceparit, quasi diceretur, institutionem vitiosam essa, si conferretnr in arbitrium heredis; legatnm vitiosum, si confarretnr in arbitrium legatarii? Quorum ntrumque maxime falsum esse constat. *d. L. illa de her. inst. L. si ita legatnm* 63. §. 1. *E. de leg.* 1. Definit Modastinus genaraliter, legatum ie alienam voluntatem conferri nnn posse in *d. L. nonnunquam. D. de cond. & dem.* Et hoc omnes dici intelligunt de voluntate extranei, non aut legatarii, aut heredis, quurum neuter a legato alienus dici potest. Quare cum Ulpianus dafinit, legatum in aliena voluntate poni posse, non potest cum ex significatione verbi, tum ex usu omnium juria auctornm, quia hoc dicere ietelligatur, posse id coeferri iu voluntatem non legatarii, aut heredis, qui a legato alieni non aunt: aed in voluetatem tertii alicujus oxtranei, quem solum a legato alianum, cujus proinde & voluntatem alienam recte dixerimus. Estne igitur locus ille. Ulpiani contrarius? Minime: aed hoc sentit Ulpiaeus, legatem in alienam voluntstem, intellige aampar *extranei*, conferri posse, nempe aliquo modo: in heredis voluntatem uullo, ut hic scilicet magis nocaat in voluntatem haredis legatum cullstum esse, quam in axtranei voluntatam. Quæ res fecit, ut huic haredis voluntati, quæ impedimentum auget, tartium bunc locum daremus.

IX.

9) Quod & probat A. Aug. 4. *Emend.* 15. *c r. fin.* Sed refellit Rob. 2. *Sent.* 11. nostro in hoc consentiens, sed quomodo LL. conciliat vid. *supr. N.* 7.

IX. Res autem sic habet: In voluntatem alienam verbis expressa conditione legatum conferri non potest; sed si verbis tegitur eadem conditio, quantumvis insit re vera, tamen in eam recte collatum legatum videbitur, veluti si testator ita leget, Titio decem do, si Mævius Capitolium ascenderit, ut supra ostendimus. *d. L. nonnunquam. de cond. & dem.* At neutro modo legatum in voluntatem [10] heredis utiliter conferri potest. Sive enim testator ita leget, si heres voluerit: sive [11] ita, Titio decem, si heres Capitolium ascenderit, legatum inutile constituitur. Priore casu, quia sub hac conditione, si debitor velit, nulla fit obligatio, ubi scilicet nulla ei injicitur necessitas rei præstandæ. Quod est proprium obligationis. *L. sub hac. D. de obl. & act.* Posteriore, quia legatum hac conditione si heres Capitolium ascenderit, pœnæ caussa datum intelligitur. Quod genus legati olim & temporibus Ulpiani non valuit. *§. ult. Inst. de leg.* Nunc quidem post constitutionem Justiniani valet, *L. 1. C. de his quæ pæ. nom.* sed ita, ut si in factum heredis constituta sit pœna, legatum alia ratione constituatur inutile; quoniam heres cavebit diligenter, ne faciat id, quod est in conditione, & unde pendet legatum?

X. Sed hæc ita sunt, si, conditione injecta, legatum per conditionem aliquo modo ponatur in voluntate heredis, ut accidit in superioribus conditionibus duabus. Cæterum conditione detracta, nihil vetat, quominus [12] præstatio legati conferatur in voluntatem heredis, ut nihilominus legatum valeat. Itaque inutiliter legatur ita, si heres voluerit. At ita utiliter relinqui placuit, heres [13] cum voluerit, Titio decem dato. Ut, quamdiu vivit heres, non possit ab eo legatum peti, quasi relictum sub conditione; & si interim decedat legatarius, nihil ad heredem transferat: mortuo autem herede priusquam daret, heres ejus legatum præstare debeat. *L. fideicommissa. 11.* [14] *§. sic fideicommissum. D. de leg. 3.* Sed hic non tam legatum confertur in voluntatem heredis, quam legati solutio, ut legatum cæteris rebus purum sit, solutio autem dilata in id tempus, cum ipse vivus voluerit, ad quod usque tempus conditio legato injecta videatur. Quod ni ita esset, legatum per omnia esset conditionale. Unde eveniret, ut, mortuo herede prius, quam vellet dare, nihil deberet ne heres quidem ejus, sed quasi deficiente conditione legatum intercideret. Denique herede rogato restituere, aut præstare, cum volet, post mortem ejus creditur datum, ut est in *L. uxorem, 41. §. pen. D. d. leg. 3.*

XI. Sed ut in demonstratione, caussa, conditione exceptæ sunt eæ species, de quibus modo diximus: ita, his demptis, confirmatur regula de cæteris, qua diximus, legato adjici solere, ut omnis recte adjiciantur legato: certe hactenus, ne noceant. Quæretur, quo effectu. Sed de eo dicetur opportune postea suis locis. Nunc tantum de constituendo legato, quod valeat, agimus, quærimusque quæ sint in personis, in rebus, in legandi modo, quæ non obstent, quominus legatum jure consistat. Dicturi postea constituto legato, de vi, & jure recte constituti. Ut tamen noti sint loci, unde vim, & effectum superiorum rerum petamus: non gravabor hunc loco effectum hunc paucis indicare, & simul ostendere, ad quos locos sequentes omnis iste effectus referri, atque inde sumi debeat. Eorum quæ supra diximus legatis adjici posse, & solere, finis, & effectus duplex est. Adjiciuntur enim partim legati juvandi caussa, partim temperandi, ac velut minuendi.

XII.

10) Ita & Rob. 2. *Sent.* 10. quia non aliter consistet legatum, quam si heres necessitate obstringatur *L. 7. §. 1. de reb. dub.* Excipiendum tamen est in libertate fideicommissi *L. 46. pr. de fideic. libert.* ubi dicitur, sola valere posse ex nutu heredis; ideoque nulla tunc esse necessitas heredi libertatis dandæ. Sed si ex pietatis officio sponte manumiserit servus fideicommissi libertatem accipiet. At, dices, absurdum est actum obligatorium subnittere nomine obstricto. Resp. Robert. Fideicommissa olim a sola voluntate pendebant. Ergo cum testator indicat, se juris necessitatem heredi remittere, vis fideicommissi origini suæ redditur. Sed. obst. *d. L. 46. §. 3.* Rob enim §. accipit de legato alterius rei, quia ad id in fin. § *præced.* 2. a fideicommisso libertatis transitus factus. Sed hoc verba seqq. §. refellunt. Rectius Vasq. *Lib. 3. de Success. progressu* §. 27. *n.* 16. post Eman. a Costa 1. *Select. Interpret.* 22. accipit de legata, ut ille vocat, seu, ut vocare debuit, directe relicta libertate, vid. & Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 6. *n.* 7. *& seqq.* Ant. de Padilla *ad L.* 1. *de leg.* 2. *n.* 51. & P. Fab. *ad L.* 22. §. 1. *de R. I.*

11) Dissent. Rob. *d. C.* 10. Cujac. 2. *Obs.* 3. *per L.* 3. *de leg.* 2. *L.* 11. §. 5. *de leg.* 3. Sed loquuntur de conditionibus negative conceptis, quarum alia est ratio.

12) Item si substantia legati testantis voluntati tenitatur, & aliqua ex parte ad dandum obstringit heredem, potest executio dispositionis ipsius voluntati relinqui: Ut: Titio, vel Sejo utri volet heres 10. dato *L. 7. §. 1. de reb dub* Rob. *d. lo.* Potest & in arbitrium heredis, quasi boni viri legatum conferri *L.* 11. §. 7 *de leg.* 3. *L.* 46. §. 3. *de fid. lib* Cujac. 1. *Obser.* 2. Hat 1. *Amicab.* 5.

13) De subtili hac differentia inter *si*, *&* *cum*, vid. Val. Guil. Forst. *Obs. Succes.* C. 12.

14) Ubi male Hot. 1. *Obs.* 8. voculam *nihil* interserit, sententiam falsam reddens. Debetur autem hoc legatum mortuo herede, non quia, ceu comminiscuntur, mortuus velit, immo voluntas extinguitur *L.* 14 *Locati*, sed quia indicarit testator his verbis *cum voluerit* velle, ut prætextur, sed ita, ne adimatur facultas parandæ solutionis heredi, & eo tempore implendæ, quo commodius posset. Eo vero mortuo, commoditatis istius nulla jam habetur ratio. Heres autem ipse, etsi semel declaraverit, se velle, tamen mutandæ voluntatis potestatem habet, ne vivus præstare cogatur *d. L.* 11. § 6. Rob. 2. *Sent.* 12.

XII. Juvandi caussæ duo, demonstratio, & caussa.

XIII. Demonstratione enim id agitur, ut legatum fiet certius, seu ut magis, magisque intelligetur, quid cui legatum sit.

XIV. Caussa eo spectat, ut eddita legandi ratione, heredibus, amicis, & aliis ed quos res pertinet, voluntas testetoris magis probetur, minosque illi moleste ferant id sibi adjectum non esse. Sed utrum vere sint ista, an falsa, non est magnopere leborandum; cum etsi felsa sint, legato non noceant. Aut si qoæ erunt, quæ nocebunt, sufficient ee, quæ de bis superiore capite diximus; neque alius quærendus est locus de istorum effectu ad vim legati, ubi, his adjectis, legatum non tam effectu carere, quam nullum esse dicimus.

XV. Temperendi, minuendique legeti ceussa adjiciuntur reliqua tria, dies, conditio, modus.

XVI. Temperatur his rebus legatum dupliciter: eut differendo legatum eb initio, eut cœpto jem & præstito modum, & finem injiciendo.

XVII. Differunt legetum dies, & conditio, cum quid ex die, seu in diem, aut sub conditione relictum est. Quæ sit ista dilatio in hie generibus, & quenta; tum quendo hæc ad istam dilationem legato insint, quæstio est illius loci, in quo inter circumstantias præstationis legati quæritur, quando legatum sit præstandum ibi dicetur.

XVIII. Modum & finem legato injiciunt itidem bæc duo, cum quid annuum, eut menstruum legatum est ad diem certum usque, eut usque ed eertam conditionem: puta in ennos decem, eut donec navis venerit ex Asie, aut donec peter redierit eb hostibus. Die enim veniente, eut exsistente conditione desinit legatum deberi, non quidem ipso jure, sed per exceptionem, de quo dixi superiore capite.

XIX. Injicit & finem modus, sub quo quid legatum est. Quod enim legatum ita est, ee lege manet legatarii, si modum adjectum impleat. Cui si non parebit placet, legatum revoceri posse, quasi sub conditi .e relictum, quæ postea defecisset. Quæ tria cum ad infirmandum legatum pertineant, putavi & ad eam partem, quæ de infirmandis legatis est, neque ita multo post sequitur, debere a nobis referri. Ubi & a nobis, quod necesse erit, amplius attingentur.

CAP. XVI.

De fine legati: seu quos ob fines legatum non consistat.

Quatuor sunt fines, ob quos legatum improbatur, & qui nam. I.

Turpe *legatum quod nam sit.* II.

Quod nam captatorium. III.

Pœnæ *causa relictum hodie valet ex constitutione Justiniani; nisi si quod heredem, aliumve lucrum ex ultima voluntate sentientem testator facere voluit, id aut impossibile sit, aut legibus interdictum, aut probrosum.* IV. IX.

Probatur illud olim non valuisse; & quod nam sit hoc legatum. V. VI. VII. VIII.

Si quod testator per se non potuit, id per legatum fieri voluit, etiam hic finis obstat legato, ut neque id, quod relictum est, neque onus legatario impositum valeat. X.

Legi si quis quos 31. D. de legat. 2. *conciliatur* L. si quis eum 37. D. de cond. & demonstr. XI. XII.

I. Restat ed vim legati, quod extremum spectere oporteat, hujus ipsius legati finis testatori propositus; propter quem & ipsum sæpe fit, ut legatum non consistat. Ac sunt omnino quetuor fines, qui in hoc genere non solum improbentur, sed etiam ipsum legatum inutile efficiant: Si notandi legatarii caussa quid legatum sit; Si elieni captandi; Si pœnæ ceusse; Si ut fiet a legetario, quod testator facere non potuit. Quorum de singulis videamus.

II. Notandi legatarii gratia legari intelligitur, cum turpi designatione notatur is, cui legatur, nec elie demonstratio est, ex qua quisnam is sit, possit intelligi. De qua specie dixi supra Cep. XIV. hujus Libri. Nem & in hoc legeto inest turpis demonstratio. Qua perte etiam species ad formam legeti pertinet. Sed inest & in hec demonstretione propositum notandi legatarii: qua parte jam ed hunc locum refertur, & maxime quidem ad hunc locum, quoniem demonstratio turpis non tam

tam propter se improbatur, quam propter finem, quippe quæ huc spectat, ut quem testator per legatum beneficio afficere debuit, eum malitiosa demonstratione per speciem officii infamet. Dixi hoc genus esse eorum legatorum, quæ turpia legata Pomponius vocat, & odio scribentis pro non scriptis haberi ait in *L. turpia.* 54. *de leg.* 1.

III. Captandi alieni caussa legatum est id, quod uno verbo dicitur captatorium. Quod totum genus scripturæ pariter, & in institutionibus, & in legatis ac fideicommissis improbatur. *L. captatoriæ* 64. *de leg.* 1. Et de hac specie dixi eodem illo Capite XIV. Habet enim hæc species semper conditionem collatam in secretum alienæ voluntatis. *L. captatorias.* 70. *D. de her. inst.* Quæ conditiones legato adjici possint, aut non possint, ad formam legati, sicut & ipsa conditio, pertinet. Sed cum longius progredimur, quærimusque, quæ sit hujusmodi conditionis improbandæ caussa, reperiemus, esse finem conditioni propositum captionem. Qua ratione jam potest & ad hunc locum recte referri. Genus totum a me diligenter expositum in heredum institutionibus.

IV. Pœnæ caussa relictum a) olim in ea caussa fuit, ut quodcumque id esset, in totum non valeret. Emendavit Justinianus, & jussit valere: præter quam si quod heredem testator facere voluit, aut contra, id aut impossibile sit, aut legibus interdictum, aut probrosum. *L. unica. C. de his quæ pœ. no.* §. *ultim. Inst. de leg.* Impossibile, ut si ita leget: heres meus, nisi cœlum digito tetigerit, Titio centum dato. §. *si impossibilis. Inst. de inut. stip.* Legibus interdictum, ut si ita scribat: fundum dotalem Cornelia heres mea sinito alienari: nisi patiatur, Titio centum dari volo. Est enim fundi dotalis alienatio lege Julia interdicta. *Instit. quib. ali. lic. in pr.* Probrosum, & contra bonos mores hoc modo: Si heres patram ab hostibus redemerit, si parenti, patronove alimenta præstiterit, Titio centum dato. *L. conditiones, quæ. D. de cond. inst.* Aut hoc modo: Nisi heres uxorem impuberam a se dimiserit; nisi matrem perniciosam feminam expulerit domo, centum dato. *L. reprehendenda. C. de inst. & subst.* Hæc etiam nunc vetat valere Justinianus. Et merito; quia pœna non est, nisi delicti pœna. *L. aliud est fraus. D. de verb. sig.* Nullum autem delictum ejus est, qui etiam si vellet facere non potuit. *L. multa.* 6. *D. de cond. & dem. L. cum quidam.* §. *si pupillo. D. de usur.* Ac ne is quidem facere posse creditur, qui aliquid jubetur, quod jus vetet, aut boni mores. *L. filius. D. de cond. inst.* Et ut eum facere posse quis dixerit: tameo non fecisse contra jus, tantum abest a culpa, ut laudandus sit potius, qui non fecerit, sed juri paruerit. *d. L. reprehendenda. C. de inst. & subst. L. quidam. D. de cond. inst.* Cætera pœnæ nomine relicta, vel adempta, vel translata ex constitutione superiore Justiniani valent.

V. Pœnæ autem nomine legari, vel adimi, vel transferri quid sit, dilucide declaratur exemplis etiam idoneis adjectis in *d.* §. *ult. Inst. de leg.* Illud explicandum est, quod se Justinianus ait primum in eo jus vetus emendasse. Quod falsum videri potest, cum non pauca exempla occurrant in Pandectis, in quibus videatur quid pœnæ nomine legatum, & tamen omnium veterum consensu legatum valuerit, quale illud est, heres uxori meæ penum dato: si penum non dederit, centum dato, *L.* 1. *D. de pen. leg. L.* 1. §. *item si. D. ad leg. Falc. L. cum sine. D. quan. di. leg. ced.* quale & illud, heres meus monumentum arbitratu Titii, aut ad exemplum ejus, quod est in illo loco, mihi ædificato; si non ædificaverit, centum Mævio dato. *L. multa.* 6. *L. in testamento.* 27. *D. de cond. & dem.* Et nihil verius, quam pœnæ caussa relictum in totum olim non valuisse; quod valere cœperit, Justiniani constitutionis superiori tribuendum esse.

VI. Id vel unus locus Ulpiani abunde declarabit, qui est in *L.* 12. *D. de cond. & dem.* Illic ita legatum proponitur: *quoniam filius major ex arca mea decem sustulit, heres minor filius decem e medio sumito.* Ulpianus deberi legatum ait, quia in eo legato caussa versetur, non pœna. Quippe caussam in præteritum, pœnam in futurum conferri: non obscure significans, se, si hic pœnæ caussa legatum esset, contra responsurum fuisse. Neque vero superiora exempla duo hanc sententiam mutant. In illis legatum valet: sed ideo, quia non est legatum in his pœnæ nomine relictum. Observemus enim paulo di-

a) Ulp. *Tit.* 24. §. 17. & *Tit.* 25. §. 13. Idque primum Antoninum Pium constituisse probat ex Julio Capitolino Hot. *in d.* §. *ult. I. h. tit.* Cujus juris hæc ratio videtur Tanaquillo Fabro *Lib.* 1. *Annot. C.* 11 quod nudo præcepto non possit testator efficere, ut quid fiat, vel non fiat. Pœnæ autem in eum finem adscribuntur. Magis namque spectavit testator, ut id fiat, vel non, quam ut legatarius fruatur relicto, &c.

lo diligentius, quid sit, quod dicitur pœnæ nomine relictum. Id apud Justinianum in §. *ult. Inst. de leg.* ita definitur, quod coercendi heredis caussa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat. Coercendi heredis caussa relinquere intelligere debemus eum, qui nullam aliam caussam relinquendi habet, quam ut heres coerceatur: similiter ut in edicto de deposito, actione proposita in duplum de his, quæ tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa deposita sunt: hæc verba posteriora Ulpianus sic accepit, ut diceret, eum deponere videri tumultus, incendii, & cæterarum rerum caussa, qui nullam aliam caussam deponendi habet, quam imminens ex supra scriptis caussis periculum. *L.* 1. §. *eum tamen. D. dep.* Proinde si quod testator ab herede præstari vult, id vult præstari alteri, quodcumque legatum addiderit postea testator, si heres prius illud non præstaret, non debet videri pœnæ nomine relictum, ut quod non coercendi solum heredis caussa relictum sit, sed prioris legatarii juvandi, & legati ei relicti confirmandi gratia. Et vero ita se rem habere Theophili ratio in hanc speciem legati satis indicat. Ille enim in §. *ult. Inst. de leg.* tractans, cur pœnæ nomine relictum olim placeret non valere, rationem hanc reddit, quod legata ex animo, & ex benevolentia erga legatarium proficisci debent, non odio heredis relinqui. Si cui ergo alii voluit testator prodesse, non solum heredem mulctare, legatum ad hanc speciem non pertinet.

VII. Idem etiam evidentius probat definitio Ulpiani de hac specie, quæ definitio exstat in fragmentis institutionum, sub *Tit. de leg.* Delinit enim pœnæ caussa relictum esse, quod coercendi heredis caussa relictum est, quo magis aliquid faciat, vel non faciat, non ut aliquid ad alium pertineat. Quibus verbis posterioribus satis significat, si quid jussum sit fieri, præstari, quod ad alium pertineat, quidquid postea addiderit testator, quo magis provocaret heredem ad id præstandum, non videri pœnæ nomine relictum, quia relictum sit præcipue, quo legatario, aut alteri consulatur, non in hoc, ut heres coerceatur. Atqui tale est hoc legatum, heres uxori meæ penum dato; si non dederit centum dato. Quod totum apparet relictum, & cautum esse uxoris caussa, non odio heredis. Tale & illud: heres meus monumentum mihi ædificato tale: si non ædificarit, Titio centum dato. Hic enim jubetur prius fieri, quod sit in rem testatoris, & quod etiam si solum juberetur, per se valeret. Nam, ut est in *L. hereditas. circa finem. D. de hered. pet.* in hujusmodi jussu compelluntur heredes principali, vel pontificali auctoritate ad obsequium supremæ voluntatis. Quamobrem quamcumque pœnam addiderit testator, si id factum non sit, non tamen dici debebit relictum esse pœnæ caussa, quod præcipue relictum est testatoris caussa, & quo provocetur heres ad ei obsequendum.

VIII. Restat unus locus Africani, qui videri potest maxime adversari, utpote ita scriptus, quasi legatum in pœnam alicujus relictum ita demum, nullius fuerit momenti etiam tempore Africani, si illicite vel probrose datum sit. Is est *L.* 1. *D. de his quæ pœ. caus. rel.* ubi ita scriptum est: *filiofamilias, vel servo herede instituto, etiam si in patris, dominive pœnam illicite, vel probrose datum est, mullius momenti legatum esse respondi.* Et omnino hæc verba hanc significationem habent, ut si quid in pœnam heredis, vel alterius datum sit nec illicite, & probrose, relictum valeat. *arg. in L.* 1. *ver. hujus rei. D. de off. ejus, cui man. est jurisd.* Sed ne hoc quidem efficiet, quominus verum sit tempore Africani, & adeo ante Justinianum, quod pœnæ nomine relinquebatur, in totum nullius momenti fuisse. Nam aut agnoscemus cum doctissimis quibusque locum esse a interpolatum a Triboniano, quod certe apparet ab illo factum, ut subserviret constitutioni Justiniani jam editæ de his, quæ pœnæ nomine relinquuntur: ac tum maxime non aliunde, quam a Justiniano esse istam superioris juris emendationem; aut si a quibusdam hoc impetrari non potest, ut istam interpolationem admittant, dicemus, verbis ipsis superioribus satis jus vetus retineri. Nam & jure vetere non omne, quod in pœnam heredis, vel legatarii relinquebatur, non valebat; sed solum quod relinquebatur in pœnam illicite: ac tum relin-

a) *Constit. tanta* §. *tanta* 10. de quo noster *supr. Cap.* 2. ubi vide *N.* 14. Qua & nomine Tribonianum aliquando Duar. *ad Inscript. Pand. C.* 3. Baro. *in Comm. ad* 3. *Constit. Pand. Florent. præfixas* Vult. 1. *Jurisp.* 71. n. 53. & his id fecisse non improbabile videtur, quod & putat Cujac. 5. *ad Afric. ad d. L.* 1. Nec propterea tamen ullius criminis insimulari meretur, cum id ei optimo jure licuerit. Non tamen Justinianus *in d.* §. *tanta* hoc voluit, ceu recte Rav. *L. Var.* 19. ut Triboniano quidvis pro quovis, album pro nigro, longum pro brevi reponere liceret (juris rationi adversum pro eidem consono, cujus rei insimulatur ab A. Fabro creberrime) sed, ut seqq. docent, ex similibus, & contrariis multis liberam electionem dedit. Et mutationem igitur, adjectionem, detractionem, quatenus ad eam necessariæ.

linquebatur illicite, cum non alterius caussa relinquebatur, sed solum pœnæ caussa, solum heredis coercendi caussa, ut ostendi; alioqui contra, ut declaratur aperte exemplo *L. in testamento.* 27. *D. de cond. & dem.*

IX. Illud ex superiore responso Africani, idest *L.* 1. *D. de his quæ pæ. caus. rel.* tenebimus, quod in extremo adjicitur, quæ legata pœnæ caussa relicta non valent, omnia hoc jure haberi, non solum si relicta sint in pœnam heredis instituti, sed etiam si sint relicta in pœnam cujusque, qui lucrum aliquod ex ultima voluntate sentiat, puta si relicta sint a legatario, aut fideicommissario.

X. Postremo & hic finis legato obstat, cum testator quid legat, quod par se recte legare potuit, si nihil aliud adjiceret: sed legat ea lege, ut in re legata id fiat a legatario, quod ipse testator facere non potuit. Hic [3] quasi legato in fraudem legis composito, placet neque onus legatario impositum, neque fideicommissum ipsum valere. Ut puta: servo proprio a testatore inutiliter legari constat. *L. si minor*, 102. *D. de legat.* 1. Id cavens testator, Cajo Sejo centum legavit, fideique ejus commisit, ut ancillæ suæ testatoris ea daret. Placet, primum hic fideicommissum de pecunia ancillæ testatoris danda non valere, quia quod non potuit testator per se, non debuit illi concedi, ut per alium faceret. Tum autem nec centum Sejo daberi, quanvis illa simpliciter legata Sejus capere potuerit: & hoc propter finem improbabilem legati, quod structum, ut fraus legi fieret, tanquam quod contra jus esset, admitti non debuit. Huc in *L. Lucius.* 88. §. *Scævola. codicillis*, *in pr. D. de legat.* 2. Similiter si quis quos manumittere non poterat, legaverit, ut manumitterentur: placet, nec legatum servorum valere, nec si ultro datí sint, valere libertatem his datam a legatario.

XI. Hoc ita Modestinus definit in *L. si quis quos*, 31. *D. de legat.* 2. In qua specie consentit cum Modestino Paulus, quod ad libertatem attinet, in *L. si quis eum*, 37. *D. de cond. & dem.* Negat enim illic Paulus, compellendum esse in hac specie legatarium, ut servum manumittat, quem manumittere rogatus est, quia sit contra legem futurum. Sed in legato ipso servi videtur dissentire. Ait enim, quanvis legatarius, cui servus legatus est, non cogatur servum acceptum manumittere: tamen a legato servi non esse eum repellendum. Utrobique servus proponitur legatus, ut manumittatur, & utrobique legatum servi nominatur: ut valde ineptum sit hic dicere cum vulgo, in *L. si quis quos*, *de legat.* 1. legatarium, qui proponitur, nudum, & merum ministrum esse manumissionis, non vere legatarium, ut proinde legatum capere non possit. Apud Paulum autem in *L. si quis eum*, *de cond. & dem.* legatarium proponi, qui sit vere legatarius, cui proinde legatum debeatur. Ne illam quidem distinctionem hi loci admittunt, ut dicamus referre, utrum servus legatus ut manumittatur, omnino manumitti non possit neque a testatore, neque a legatario, ut si sit pignori obligatus, si in fraudem creditorum manumittatur: an vero non possit manumitti a testatore, sed possit a legatario. Finge, dominum fuisse minorem octodecim annis, qui servum legaverat. §. *ultim. Inst. quib. ex caus. ma. non lic.* Sane enim illud in speciem probabiliter dici potest, si servus omnino manumitti non possit, legatum valere, quia nihil hic fiat contra legem, dum servus a legatario non manumittitur; nihil contra testatoris voluntatem, quia, ut conditio impossibilis pro non scripta habetur, ita & modus. *L.* 1. *C. de his*, *quæ sub mo.* Contra vero nec legatum, nec libertatem valere, si servus a testatore manumitti potuit, a legatario non potuit; quoniam hoc casu non possit legatarius servum manumittere, quin in fraudem legis faciat. Sed hanc distinctionem superiores loci repudiant. Nam & in *L. si quis quos*, *de leg.* 1. & in *L. si quis eum*, *de cond. & dem.* qui manumittere servum non poterat, proponitur legasse, ut eum legatarius manumitteret. Quomodo ut legatarius manumitteret, nisi eum manumittere potuit? Certe in *d. L. si quis eum.* de eo legatario, qui potuit, agitur. Dicitur enim, is non esse compellendus, ut manumittat. Quod plane nisi de eo dici non potest, qui si vellet manumittere, potuit; si nollet, non potuit cogi id facere.

XII. Restat igitur ad hæc concilianda, ut id dicamus, quod nobis ad eam rem suggerit responsum Scævolæ, quod exstat in *L. Lucius.* 88. §. *Scævola. codicillis*, *in princ. D. de leg.* 2. ut scilicet fatea-

3) Hæc verior ratio est, quam illa Cujac. 22. *Obs.* 4. quia legatum restitui rogatum per fideicommissum ademptum sit. Quod falsissimum est, vid. *not. C. seq N.* 2. nec verius id, quod ibidem contendit per *h. lex.* legati adempti esse retentionem, licet non sit petitio.

fateamur, utroque in loeo illo superiore servum legatum esse, ut enm legatarius manumitteret, quem & ipse manumittere potuit, cum testator non posset. Fateamur item non solum in hae specie libertatem dari servo non posse, qnia sit contra legem futurum: sed nee legatum servi valere, ut traditur in *d. L. si quis eos. de leg.* 1. Sed hoc ipsum, legatum non valere, sic cum Scævola in simili specie interpretabimur, ut ideo dicatur non utile legatum, quia legatarius legatum petere non possit; si tamen legatarius servum acceperit, in ea caussa esse, [4] ut eum heredi restituere non eogatur. Conferamus verba Pauli de hac specie, quæ sunt in *d. L. si quis eum. de cond. & dem.* omnia ad hanc distinctionem quadrare, & Paulum hoc ipsum sentire repericmus. Ait Paulus, etsi legatarius a legato non repellatur, tamen non est eompellendus, ut eum manumittat. Quid est, etsi legatarius a legato repellatur? Valet, etsi legatarius ultro legatum servum aeceperit, ut manumittat. Sic enim fit, ut non repellator, si ultro detur ei servus, quem accipiat. Cur autem non est eompellendus ne tum quidem servum manumittere, cum hac lege acceperit, & voluntati testatoris parere oporteat? Respondet Paulus, quoniam legatarius toties secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quoties contra legem nihil sit futurum. Quod in proposito fieri non potest, ubi si legatarius major aunis manumittat servum, qui fuit domini minoris, faciat eontra legem Æliam Sentiam, aut eerte in fraudem ejus legis, quod tantumdem valet. *L. non dubium. C. de legi.* Esto, instet aliquis, non compellatur legatarius, ut tunc quidem eum servum accepit manumissionis eaussa, servum manumittere; At eerte hoc saltem casu a legato repellendus est: scilicet ut eogatur eum restituere, quem jam accepit. Aliter enim repelli a legato ioterpretari non licet in eo, quem legatum jam accepisse proponimus: ut sit hoc loco *repelli* a legato, pro *repelli ab effectu legati*, seu repelli ab eo, ut legatum habeat, ut legatum acceptum maneat. Et vero in his, quæ sub modo relieta sunt, qualis est servus legatus iu hoc, ut manumittatur, hæc vis modi est, ut impleri debeat, si potest; alioqui velit testator legatum apud legatarium non manere, unde & revocandi jus est. *L. 1. C. de his, quæ sub mo.* Occurrit & huic objectioni Paulus, atque ita solvit: quanvis legatarius servum acceptum non manumittat, non ideo a legato est repellendus; quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc servo heradem habere voluisset. Quod perinde est, atque si ita diceret, noluit sane testator legatum apud legatarium manere, qui servum non manumisit, si legatarius per se consideretur; sed si conferatur in hac caussa cum herede, maluit omnino testator legatarium legatum habere, quam heredem. Apparet ex eo, qood legatum de hereditate delibavit, quod heredi detraetum conferret in legatarium. *L. legatum.* 116. *D. de leg.* 1. Poteram tacere hoe loco hæc & nos de superiore antinomia ante multos annos Biturigis publiee doeuisse, nisi metuerem, ne quis parum æquus istud me ex Russardo sumpsisse diceret, qui in Pandeetis ab ipso cum scholiis editis superiorem solutionem ad marginem *d. L. si quis eum, de cond. & dem.* timide posuit. Sed res ita habet: & hæc docui multo ante, quam illa sua ederet, & quæ a me publice audierat, non semel in scripta sua retulit; quale est hoe, de quo loquimur, quod non contumeliæ eaussa dico, aut quo quidquam illius laboribus detraham, potuit enim his libere uti, quando ea publiea omnium esse voluimus. Sed idem libenter facio, ne quisquam in re mea tanquam in aliena aut furtum mihi objieiat, aut ingenuitatem in me requirat.

CAP.

[4] Ita & Cujac. *d. C.* 1. Rer. 2. *Conject.* 1. accipit *d. L.* 31. de libertate relicta in fraudem L. Æliæ Sentiæ, de qua eam loqui docet epigraphe illius, junct. *l.* 16. *de manumiss.* Sed *d. L.* 37. de manumittere vetito L. Fusia Caninia rationem differentiæ esse: Si contra L. Fusiam, continet relictio tantum consilium fraudandæ legis, non eventum. Si contra L. Æl. Sentiam ut *d. L.* 31. duplici fraudi obnoxium est relictum, legis, & creditorum. Nec cessante legis fraude (manumissione non sequente) cessat fraus creditorum. Sic Valla *de Reb. dub. Tr.* 14. *n.* 7. accepit quoque *d. L.* 37. de lege Fusia, sed *d. L.* 31. de servo, qui ex pacto, vel propter delictum manumitti non potuit.

CAP. XVII.

Quibus modis legatum ab initio recte constitutum eventu infirmetur, vel ut nunquam debeatur, vel ut deberi cœptum, postea deberi desinat, aut adeo solutum revocetur.

Ad vim legati hoc etiam requiri, ut semel recte constitutum eventu non infirmetur. I.

Illud vel ita infirmatur, ut ne ab initio quidem dcbeatur; vel ut deberi cæptum, postea deberi desinat. II.

Ut ne ab initio debeatur fit aut casu, *aut* veluntate testatoris. III.

Quo modo casu. IV.

Que mode voluntate testatoris. V.

Ex testamente, codicillisque quomodocunque in utilibus olim non dobebatur; hodio vero si rescissum tostamentum ex cnusa præteritienis, aut exheredationis, debotur. VI. VII.

Revecari legatum sola voluntate testatoris etiam nuda, licet ea testamentum non infirmotur. VIII. seqq.

Legata priori testamonto relicta, posteriori imperfecto, quo nulla eorum mentio, adempta non censentur. IX.

Quare. X.

Voluntas revocandi aut verbis *declaratur, nut* rebus, & factis. *Quo modo verbis.* XI.

Facta eandem indicantia quæ sint. XII.

Si capitales, aut gravissimæ inimicitiæ inter testatorem, & legatarium intercesserint, non reconciliata ante mortem gratia, quod relictum erat, ademptum videtur. XIII.

Mutatio rei legatæ, quæ a testatore contigerit, quave nen externa facies, sed rei forma mutatur, perimit legatum. XIV.

Ea duplex. XV.

Si legata domus diruta sit, quanvis eodem loce iterum extructa non debetur. Secus si refecta; licet nihil ox pristina materia supersit. XVI.

De nave legata, quam testator postca dissolverit, jus idem. XVII.

Idem & de re mobili in alinm speciem translata. XVIII.

Aliud de re immobili: ut si areæ legatæ domus imposita. XIX.

Huic sententiæ conciliatur L. si chorus 79. §. penult. D. de legat. 3. XX.

Qui rem mobilem lcgatam mutavit in aliam speciem, si hæc ad pristinam materiam redire non possit, a legato recessisse videtur. Sccus si redire possit. XXI. XXII.

Huic distinctioni conciliatur. L. si servum 44. §. si pocula D. de legat. 1. XXII.

Legatum alienatione rei legatæ exstinguitur. Pluribus rebus simul legatis, una alienata, aut perempta, reliquarum, quæ principales sunt, legatum durat; oarum, quæ accessiones, exstinguitur; & quæ quibus sint, aut non sint accessiones. XXIII.

Quatcnus fundus, cum instrumento legetur, ut instrumentum non sit pars fundi. Et quid legate fundi instructi *contineatur.* XXIV.

Legatum alienatione voluntaria rei legatæ exstinguitur; non item necossaria; nisi voluntatis mutationem heres probaverit. Quid si rem legatam pignori postea, vel hypothecæ testator dederit. XXV.

Servus legatus, qui postea manumittitur, non debetur, nisi rursum servus fiat. XXVI.

Quatenus legatum nominis, hujus exactiono exstinguatur. XXVII.

Ut quod semel deberi cœpit, desinat postea deberi, efficit aut voluntas testatoris, aut culpa legatarii. XXVIII.

Voluntas in legatis annuis, & similibus ad certam diem, aut conditionem relictis. Et quo modo in iis heredi subveniatur. XXIX.

Item in legatis sub modo, si huic legatarius non paruerit. XXX.

Legntum sub modo relictum ab initio purum esse; resolvi autem sub conditione, si legatarius voluntati testatoris non paruerit. XXXI.

Non ante legatarius ad legatum sub modo relictum admittitur, quam caverit, se, quod testator voluit, facturum. Et cur hæc cautie necessaria. XXXII.

Hæc legatum conditionale nen facit. Contrariis occurritur. XXXIII.

Culpa legatarii amittitur legatum, si se judicio defuncti indignum præbuerit.

Quod accidit quatuor de causis. XXXIV.

1. *Si testamentum impugnavit aut ipse falsi accusando, aut accusanti opitulando, aut, cum accusationis judex esset, falsum pronuntiando, quod postea ex appellatione justum pronuntiatum est.* XXXV.
2. *Si ut inofficiosum accusavit, nec obtinuit.* XXXVI.
3. *Si tutor eodem testamento datus capax tutelæ se excusavit. Secus si incapax, ut miles, & minor.* XXXVII.
4. *Si testamentum celavit, quod postea emerserit.* XXXVIII.

Prioribus duabus causis ablatum vindicatur fisco; tertia filio, cui tutor datus; quarta heredi scripto. XXXIX.

Filius suus se abstinendo, aut emancipatus repudiando non amittit legatum, nisi aliud testatorem sensisse liqueat. XL.

I. Dixi de duobus illis, quæ ad legatum, fideive commissum ab initio recte constituendum valent, testatoris voluntate, & legandi jure. Sic enim fit, ut sit legatum, si & testator voluntate sua quid legavit, & quod legavit, ita dedit, ut datum jure consistat. Legato semel constituto, restat adhuc tertium ad vim legati, ut semel recte constitutum perseveret ad extremum, nec evento infirmetur. Quod cum contra possit, & sæpe, ac varie accidat: superest ad omnem constitutionem legati, ut jam de hoc tertio cognoscamus, quæramusque quibus modis legatum quod initio jure constitit, eventu infirmetur.

II. Ut infirmetur legatum, dupliciter accidit: vel ita, ut non debeatur legatum, ne ab initio quidem; vel ita, ut ab initio deberi cœptum, desinat postea deberi, atque adeo solutum, ac finitum revocetur.

III. Ut ne deberi incipiat, fit aut casu, aut voluntate testatoris.

IV. Casu, cum jus testamenti, aut codicillorum, quibus quid relictum est, solvitur.

V. Voluntate testatoris, cum legatum ab eo revocatur.

VI. Ac de casu superiora expedita admodum ratio est, ut cujus explicatio una, & brevi definitione contineatur, cui hodie una exceptio sit adjuncta. Sic enim vetus fuit, & constans definitio de testamentis inutilibus, ut sive testamentum ab initio nullius momenti esset, puta filio, qui in potestate erat, præterito; sive postea quovis casu esset infirmatum: puta aut ruptum agnatione postumi, aut capitis diminutione postumi, vel hereditate non adita irritum factum, aut bonorum possessione contra tabulas petita, vel querela inofficiosi perlata rescissum: omnium hæc esset conditio, ut nihil in his scriptum valeret, & quidem ita, ut non modo inde non deberentur legata, sed nec libertates. Optima ratione: scilicet, ut cum testamento ipso, quod totum quoddam est, una etiam ejus testamenti partes conciderent: quod hi loci ordine ostendent. *L. filio. D. de inj. rup. L. 1. C. de post. her. inst. L. non putavit. §. ult. D. de bon. poss. con. tab. L. Papinianus. §. ultim. D. de inoff. test. L. ea quam. C. de fid. L. si nemo. D. de reg. jur.* Hodie idem est, sed temperatum generaliter a Justiniano una exceptione, nisi testamentum inutile sit, aut irritum factum ex caussa præteritionis, aut exheredationis. Quod cum incidit, jubentur quidem institutiones irritæ esse: sed cætera in eo testamento valere. Cautum *Novella, ut cum de app. cog. §. sive igitur.* Comprehensum summatim in *auth. ex caussa C. de lib. præt. vel exher.* quem locum in commentariis ad Codicem sum interpretatus.

VII. Codicillorum eadem caussa est. His infirmatis, nec quod in his relictum est, debetur. *L. 1. C. de cod.* Non enim infirmatur ex caussa præteritionis, aut exheredationis, nisi jus testamenti ex his caussis sequantur. Quando sequantur, dixi libro superiore Cap. XXII.

VIII. De voluntate testatoris ad revocationem legati paulo major quæstio est: certe pluribus verbis indiget. Non enim solum hic quæritur, an legatum voluntate adimi possit, sed an sola; tum quibus ex rebus hæc voluntas deprehendatur. Quod sæpe est obscurius, & sine verbis varie contingit. Sic ergo de potestate revocandi, & adimendi legati ante omnia statuatur, ambulatoriam esse voluntatem defuncti usque ad [1] vitæ supremum exitum. Hinc fieri, ut quod dedit, possit adimere; & quod ademit, rursum possit dare, cum velit, & quamdiu velit. *L. 3. §. ul-*

1) *L. 32. §. 3. de don. int. vir.* Sola morte fit irrevocabilis ultima voluntas. Nam ultima est post quam alia nulla *L. 92. de V. S.* vid. Simon de Prætis *Lib. 2. de Interpr. ult. volunt. 1. dubit. 2. solul. 9. n. 7.*

3. §. *ultim.* *L.* 4. *D. de adi. leg.* Sed putet quis fortasse, ista voluntate sic infirmari legatum, ut testamentum, & heredum institutiones: quæ constat nunquam nuda voluntate infirmari, seu ex eo solo, quod postea testator noluerit illa valere. §. *penult. Inst. quib. mod. test. inf.* Sed ita, si aut tabulæ rescissæ sint, aut aliud testamentum postea rite factum, & si quæ sunt similia facta, quæ cum inciderint, testamentum infirment, de quo satis diximus libro sexto in ea parte, quæ est de testamentis infirmandis. Non ita vero legatorum, & fideicommissorum in hac parte jus est. Placet enim, utraque hæc non solum voluntate, sed etiam nuda voluntate infirmari, & adimi posse. *L. si jure.* 18. *D. de legat.* 3. *L.* 3. §. *ultim. D. de adi. leg.* Usque adeo, ut vel sola voluntatis contrariæ conjectura, quæ ducatur ex capitalibus inimicitiis cum legatario postea incidentibus, putetur ad ademptionem legati sufficere. *d. L.* 3. §. *ult. de adi. leg.*

IX. Unde quæstio nata, quæ tractatur in *d. L. jure.* 18. *de legat.* 3. si forte qui testamento rite facto fideicommissum reliquerat, aliud deinde fecerit non jure, an videatur prius fideicommissum infirmasse. Sane enim jure non infirmavit, cum prius testamentum posteriore imperfecto non rumpatur. Sed potuit videri infirmasse sola voluntate, dum hoc animo ast, ut posterius testamentum instituendo a priore recedat. Quæ sola voluntas ad revocationem legati satis est, etiam si cætera in priore testamento jure salva aint. Et respondet Pomponius fideicommissum prius eo facto revocatum non videri, non quia si testator posterius testamentum instituendo a fideicommisso recedere cogitasset, non esset rata hæc voluntas: sed quia id non sensit: quasi ita demum voluerit a priore testamento recedi, si posterius valeret.

X. Cur ergo si quis testamento institutus ast heres, non potest ei nuda voluntate adimi hereditas: legatum, & fideicommissum ei, cui relictum est, potest? Quia heredis institutio, quæ est caput, & fundamentum testamenti, §. *ante. Instit. de leg.* ita ad substantiam testamenti pertinet, ut non possit ab ejus jure separari. Legata autem, & fideicommissa ad substantiam testamenti nihil facere, argumento est, quod potest testamentum valere, etiam si testator, aliquo herede instituto, nihil cuiquam legaverit. *L.* 1. §. *qui neque. D. de hered. inst.* Ea res facit, ut heredis institutio jus testamenti secuta non possit aliter infirmari, quam ipsum testamentum: legata, & fideicommissa nihil ad hanc substantiam pertinentia possint, salvo etiam manente testamento. Atqui testamentum, quod certis solemnibus peragitur, ex regula juris facit, ut non possit, volente testatore, infirmari, nisi rebus in contrarium actis. *L. nihil tam. D. de regul. jur.* puta aut incisis tabulis, aut alio testamento postea rite facto. *L.* 1. *L.* 2. *D. de ini. rup.* Proinde nec heredis institutio. Ad quod jus cum legata non pertineant, non mirum, si in his eamdem regulam non sequimur. Qua semota, relinquitur, ut in hac re solam testatoris voluntatem spectare debeamus, cujus alioqui in testamentis præcipuam rationem haberi oportet. *L.* 12. *in fi. D. de leg.* 1. idque vel dictante ipsa lege duodecim tabularum, quæ, uti quisque legassit rei suæ, ita jus esse jubens, *L. verbis. D. de ver. sig.* hoc ipso idem denegat, si quis quid non legaverit. Quod facit quisque, dum quod prius legaverat, non vult dari.

XI. Voluntas hæc, ut aliis in rebus omnibus, sic in hac ademptione ita valet, ut nihil intersit, quomodo declaretur, dum declaretur modo. Declaratur autem non solum verbis, sed etiam rebus ipsis, & factis. Verbis, dum aperte profitetur testator se adimere, quod dedit; aut quod dedit, se non dare, seu datum nolle; [a] aut cum legatum in alium transfert. Quæ omnia

a) Cujac. 22. *Obs.* 2. putat, legatum etiam censeri ademptum, si testator rem legatam per fideicommissum a legatario alii reliquerit. Sic enim arguit, mortis caussa capio hoc modo adimitur *L.* 96. §. *ultim. de leg.* 1. etiam legatum, cujus in hoc eadem ratio est. Quia autem semel ademptum perpetuo ademptum *L.* 14. *pr. de leg.* 1. ei consequens esse ait, ut fideicommisso deinde adempto, legatum ad legatarium non recurrat. Amissum enim semel dominium, & quæsitum alii, non ideo ad priorem dominum redit, quod posterior dominio exciderit. Et hanc esse rationem decisionis *L. pen.* §. *I. h. t. de ad leg.* Tenteri tamen posse hujusmodi adempti fideicommissi petitionem non habere legatarium per *d.* §. 1. verbum *pertineret.* Pertinere significat quod peti potest *L.* 45. §. 1. *de leg.* 2. habere tamen retentionem *L. pen.* §. 13. *de leg.* 2. Non obstare, quod fideicommissario ante diem cedentem defuncto, res apud legatarium maneat *L.* 17. *l.* 60. *de leg.* 2. *L.* 38. §. 6. *de leg.* 3. quia Scævola in *d. L. pen.* §. 1. *de ad leg.* loquitur de adempto fideicommisso. Sed valde errat Cujac. non animadvertens, hæc tradita se ipsa confutare. Nunquam immo relictione fideicommissi, seu gravatione legatarii, ut restituat, legatum ademptum censeri potest. Quin pugnam hæc implicitam habent, rem legatam esse legatario ademptam, ac eamdem rem legatarium debere restituere fideicommissario. Quomodo enim restituet, nisi ipse prius consequatur: vid. *supr.* *C.* 7. *N.* 9. & *C.* 8. *N.* 1. quomodo consequetur, si ademptum. Sic sane ab herede immediate præstandum esset fideicommissum a legatario relictum, non ab ipso gravato *L.* 19. *h. t. de adim. leg.* Quid? An *L.* 14. *pr. de leg.* 1. probat Cujacii sententiam, an refellit potius? Refellit maxime. Quod ademptum est, nec datum videtur, verba sunt *d. L.* 14. *pr.* Ab eo, cui nihil

omnia ex *Tit. Inst. de adem. leg.* disci possunt, & ex *L. translatio. D. de adi. leg.*

XII. Facta testatoris eamdem voluntatem ejus sine verbis indicantia, hæc fere sunt quatuor: inimicitiæ cum legatario susceptæ; rei legatæ in aliam formam mutatio; ejus alienatio; & nomine legato pecuniæ inde debitæ exactio, quæ quidem tria posteriora a testatore in re legata evenerint. Neque tamen ita statim singula, ut non sit in his, quod excipiatur. Itaque propius singula consideranda.

XIII. De inimicitiis ita scriptum est in *L. 3. §. ult. & L. 4. D. adi. leg.* ut si quidem capitales, vel gravissimæ inimicitiæ intercesserint, [3] ademptum videatur, quod relictum est. Sin autem levis offensa, maneat fideicommissum. Sed & post inimicitias qualescunque si testator, & legatarius in gratiam redierint, placet [4] legatum deberi; quasi prioribus voluntatibus tam aperte renovatis redintegratum. Constat autem veteribus superioris sententiæ de legato ob gravissimas inimicitias adempto ratio. Scimus enim, quo animo quisque adversus eum, a quo illæ inimicitiæ sint, esse soleat. Certe ita reperietur, ut quamvis inimicum non oderit vir bonus, paratus sit etiam eum juvare, si egeat; nunquam tamen ita sit affectus, ut velit, ubi necesse non est, in eum esse liberalis.

XIV. Mutatio [5] rei legatæ, quæ a testatore contigerit, si quidem ea non externam faciem rei, sed formam mutat, ut jam res in aliam formam, & aliud nomen abeat, ea legatum perimit ita, ut nec quidquam ex vetere corpore debeatur; nec si res in pristinam formam restituta sit, eo magis peti possit, nisi ex nova testatoris voluntate. Quod species hujus mutationis indicabunt.

XV.

hil datum est, nihil relinqui potest *L. 9. C. de fideicom. & simil.* Ergo nec ab eo, cui ademptum est. Quod si igitur relictio fideicommissi a legatario adimit legatum, eo ipso adimendo, scilicet faciet, ne relinqui possit. At ita propter ipsam relictionem fiet, ne relictum censeatur. In quo sane, & sic in sententia Cujacii inexplicabilis inest contrarietas, quæ qua ratione evitari possit, non video. Vere autem obsistunt Cujacii opinioni *d. L. 17. d. L. 62. de leg. 2. &c.* Quomodo enim manet apud legatarium res, quam gravatus est restituere, si ipsa rogatione testatoris de restituendo est adempta? Manet sane etiam si post diem cedentem fideicommissarius non agnoscat, vel repudiat relictum. Responsio autem Cujacii *ad dd. LL.* tantum ostendit, eas non adversari *d. L. pen. §. 1. h. t.* non vero suæ sententiæ de ademptione legati per ipsam dationem fideicommissi. Male etiam Cujac. hujusmodi adempti retentionem esse. Nam si ademptum esset, nec retentione uti posset. Quia videlicet ademptum pro non dato est. Non dati autem, seu non debiti legati per errorem soluti (nam si consulto, & e sciente retineri fateor, sed non ceu legatum, verum ceu donatum *L. cujus per err. 53. de R. I.*) conditionem, ac repetitionem dari nulla dubitatio est *L. 9. Cod. ad legem Falcidiam, & simul.* Gravi igitur hoc Cujacii errore relicto, sentio immo nunquam legatum per fideicommissum a legatario relictum adimi, vere, proprie, eo sensu, quo accipitur ademptio in *tit. I. & D. de adim. leg* quo & Cujac. annuit. Ad *L. 96. §. ult. de leg. 1.* Resp. vel aliam caussam esse mortis caussa capientis, qui magis est in conditione, quam in dispositione testantis, vel vocule *adimendi* ibi sumi nimis large, inspecto scilicet effectu, quo non videtur accipere alii restituturus, *L. 71. de V. S.* Ad *L. pen. §. 1. h. t.* Rex. A. Fabr. *3. Conj.* 18. negative inserta legere, *non pertinerent*, quo nihil certius se observasse dicit. Sed salvis §. verbis, dici potest, aliam quæstionem esse, an relictione fideicommissi a legatario sit legatum ademptum, aliam ab ejusdem fideicommissi ademptione, de quo videtur esse *d. L. pen. §. 1.* Nam posterius hoc citius admitti potest, quod probabiliter videri possit, testatorem uti rem istam relictam maluit habere legatarium (si forte contingeret, fideicommissarium deficere) quam heredem, ita prætulit, magisque dilexit fideicommissarium, quam legatarium. Quare mutata ejus voluntate in persona magis dilecta, videtur & in minus dilecta mutata esse. Sed cum ex solis conjecturis ademptio non facile colligi debeat, certiori nos ratione expediemus, si dixerimus, singularem ibi esse speciem, qua matri, eidemque heredi, & quidem ea parte (intellige dimidia, arg. *L. 164. §. 1. in fin. de V. S.*) legatum datum est. Ubi si non ejus fideicommissum esset, restitueres legatum ex dimidia parte, qua ipsa heres erat, non constituisset, per ea quæ *supr. Cap. 7. N. 2.* Propter fideicommissum autem fit, ut integrum legatum etiam ex parte hereditaria consistat, per regulam *L. 42. de leg. 2.* Hinc nata quæstio, adempto postea fideicommisso, num legatum prædiorum propterea, & matri censeatur ademptum, sed an legatum istud, quod propter fideicommissum in totum, constitit, cum, si absque eo fuisset, ex parte tantum dimidia valuisset, cessante, & adempto fideicommisso, totum consistere perseveret. Ut ita prædia non ex legato simpliciter facto ad matrem, pro parte dimidia, pertineant, sed *ex prælegatione*, id est perinde ac si ea præcipere jussa esset. Hanc enim differentiam inter legatum, & prælegatum heredi relictum me supra ponere, & probare memini *in not. d. C. 8. N. 3.* ut prælegatum etiam ex parte ejus, cui relictum est valeat. Resp. itaque Scævola *d. §. 1. nihil proponi cur ad matrem pertinerent*, integra scilicet prædia ex prælegatione, de quo quærebatur. Non vero negat, pertinere pro parte dimidia, ea scilicet qua mater, eademque legataria, heres non erat, & ex simplici legato. Quæsitum enim erat, *an nihilo minus* pertinerent, id est sicuti illo casu, quo non retinet, in solidum legatum percipit, & ex hereditate percipit, ita & posteriore casu, quo fideicommisso adempto, retinet. Et ita videtur.

3) *L. 22. h. t. L. 9. pr. & §. 1. de his, quæ ut indign.* P. Fab. *3. Semestr. 15. p. 208.* Quæ vero ille sint vid. Menoch. *Lib. 3. Præsumpt. 37. n. 26. & seqq.* adde *not. supr. Lib. 3. Cap. 9. N. 9.* Quid si iis testator ipse caussam dederit, cessante culpa legatarii? Negat revocari legatum, post Bart. *in L. 16. §. 1. de his, quæ ut indign.* & alios Simon de Prat. *Lib. 2. de Interpr. ult. volun. Interp. 2. dubit. 2. solut. 4.* Contra, & rectius Vasq. *Lib. 1. de Success. creat. §. 10. n. 621. & Lib. 3. de Success. progressu §. 27. n. 9.* quia non prodest legatario, quod sit extra noxam, modo mutata sit voluntas. Et quia si ob unius heredis culpam testator cancellaverit testamentum, id etiam nocet alteri *L. 2. de his, quæ in test. del.* Legata autem facilius infirmantur, & Eman Soarez. *in Annotat ad Gomez. 1. Resol. 12. lit. M.* & Menoch. *Lib. 4. Præsump. 170. n. 6.* ubi & *n. 9.* rem hujusmodi legatario ab herede per errorem solutam, repeti posse tradit.

4) Facit *L. in ipsius 5. C. Famil. ercisc.* vid. P. Fab. *3. Semestr. 15. p. 208.*

5) Item peremptio, ut si unionem legatum solverit *L. 6. pr. de auro & arg. leg.* quod interpretare non, si vivus præstitit. Esset enim ridicula ac indebita quæstio, sed si aceto diluit, ac liquefecit. Vid. Briss. *2. Antiqu.* 10. Henrich Salmuth. *in not. ad Lib. 1. Memorab.* Pancirolli *pag. 39.* Radulf. Fornec. *1. Rer. Quotid. C. 22.* qui tamen *d. Lib. 1. C. 22.* ut Briss. ac Salmuth. *dd. locis*, & sic accipi posse si de linea detraxit. Quod displicet; & quia detractio sola non tat clarum mutatæ voluntatis indicium; & quia in *d. L. 6. pr.* ponitur, nullam unionem reliquisse testator. Dices, quia detractum alienavit. Regero. At sic alienationem caussam ademptionis ponere debuisset IC. Indicium longe apertius, non detractionem.

Digitized by Google

XV. Contingit vero hæc mutatio aut destructione rei legatæ, aut ejus rei in aliam speciem translatione.

XVI. Destructione: ut si domus legata diruta sit; si navis legata dissoluta a testatore. Domus legata est. Ea, dum testator vivit, particulatim ita refecta est, ut nihil ex pristina materia supersit; sic tamen, ut externam faciem mutaverit tantum, nomen, & formam earumdem ædium retinuerit. Nihilominus [6] utile manebit legatum. At si ea domus a testatore destructa est, placet, legatum ita interire, ut, quamvis testator eodem loco postea ædificaverit, nihilo tamen magis id ædificium debeatur; quia hæc nova sit domus, non illa, quæ legata sit. Nisi tamen aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. Hæc in *L. si ita legatum.* 65. §. *ult. D. de leg.* 1.

XVII. Idem placet nave legata, si testator hanc dissolverit; ut tum nec materia ipsa, quæ superest, debeatur. *L. lana.* 88. *D. de leg.* 3.

XVIII. Rei in aliam speciem translatione idem accidit, cum res legata facto testatoris in aliam speciem ita mutata est, ut jam corpus novum, quod extitit, & novam formam, & novum nomen acciperet. Ut puta, lana legata est. Testator ex ea vestem fecit. Neque lanam, neque vestem deberi placet: illam, quia mutatione formæ esse desiit; hanc, quia legata non fuit. Idemque est, si materia legata, navis, armarjumve ex ea factum sit. Hæc in *d. L. lana. de legat.* 3.

XIX. Sed observemus hæc dicta esse de rebus mobilibus legatis, quæ translatæ in aliam speciem, & ipsæ formam suam veterem, & vetus nomen amittunt. In area re immobili legata non placuit. Huic legatæ si domus a testatore imposita sit, nova quidem species exstitit, nempe domus, quæ constat ex area, & superficie. *L. qui res.* §. *aream. D. de sol.* Placet tamen, domum deberi, id est & aream, & superficiem. Diserte scriptum in *L. si areæ,* 39. *D. de leg.* 2. Idem traditum in *L. servum.* 44. §. *si areæ de leg.* 1. Sed cum exceptione, [7] nisi testator mutaverit voluntatem. Verum hac exceptione idem confirmatur. Significatur enim testatorem superiore facto solo voluntatem mutasse non videri, eoque in re dubia deberi aream, & domum: id est, superficiem impositam. Cæterum si aliunde probari possit, testatorem ea ædificatione voluntatem mutasse, tum domum non deberi, eoque nec aream, quæ est para domus. Hæc ideo in re dubia ita, quia domo areæ imposita, non mutatur area, sed manet potius, ut ante: & quidem ita, ut sine ea superficies imposita consistere non possit. Unde & præcipua pars domus esse dicitur. *d. L. qui res.* §. *aream. D. de sol.* Hæc res facit, ut, cum areæ legatæ ædificium imponitur, non superficies tollat legatum areæ, sed area legata manens, una ad se trahat superficiem, quæ accessionis jure cedat areæ.

XX. Videndum tamen, ne contrarium scriptum sit in *L. si chorus.* 79. §. *penult. D. de legat.* 3. Ubi sic Celsi verba sunt: *area legata, si inædificata medio tempore fuerit, ac rursus area facta sit: quamvis tunc peti non poterat, nunc tamen debetur.* His verbis negatur, domum peti posse. Si in voluntate obscura dicitur, aperte superiori sententiæ adversatur. Si in voluntate aperta, quomodo cum testator voluntatem mutaverit, area postea peti potest? Dicendum est, [8] Celsum loqui in voluntate aperta legantis, quem constaret sic ædificare, ut nollet domum deberi; & verba hæc, *quamquam tunc peti non poterat*, per concessionem esse accipienda; ut sit sensus: quanvis stante ædificio domus peti non posset, quod tunc accidit, cum testator pro certo mutavit voluntatem, ut declaratur in *d. L. servum.* 44. §. *si areæ. de leg.* 1. tamen etiam hoc casu, si, destructo ædificio, area redierit, eam nunc peti posse. Quia mutatio voluntatis in eo tantum fuerit, ne domus deberetur: non ut ne area, quæ, soluto ædificio, semper una, & eadem est, quæ fuerat. In quo utriusque loci consensum agnoscas de area legata, cui postea ædificium sit impositum.

XXI. Sed & in rebus mobilibus legatis, quæ in aliam speciem translatæ sunt, hæc distinctio adhibetur, ut si quidem species, quæ facta est, [9] ad pristinam materiam redire non possit, legatum intercidat,

6) Ratio est in *L.* 76. *D. de judic.* ubi vid. *not.* Goth. adde Hortens. in *L.* 16. §. *si res* 2. *de pign.* Facilius hoc in nave, quam domo continget, sicuti de nave Thesei, sic diu asservata prodidit, Plut. in *Theseo.* Et navis Ferd. Magellani, qua Moluccas investigatum missus, primus orbem circumvectus est, Hispali servari fertur Jo. Metell. in *Præf. ad Libb. Osorii de Reb. gest. Emman. p.* 16.

7) Ita & Cujac. 18. *Obser.* 22. Notetur autem, rectius his Don. referre inter species reductionis incapaces, quam inter capaces, quomodo idem *supr. Lib.* 5. *C.* 22. ubi vid. *not. N.* 3.

8) Consentit Cujac. 5. *ad Afric.* ad *L.* 36. *de usufr.* & 23. *Obs.* 22. interesse inter hæc scribens, *si modo non mutaverit*, ubi legatarii est probatio, & *nisi mutaverit voluntatem*, ubi heredis. Nec audiendus Menoch. qui 4. *Præs.* 171. *n.* 6. vult. JCt. dissentire.

9) Duar. *ad L.* 8. *pr. de leg.* 1. Non exprimitur *in d.* §. *pen.* quo casu peti, aut non peti possit ædificium impositum areæ; quia de eo non erat quæstio, sed si forte ex conjecturis appareat, tunc non peti potuisse (ædificio stante,) ut si areæ legatæ homini vili imposita domus magnifica, tamen nunc (eo diruto) peti posse. Adde Fac. 7. Q. 45.

cidat. Ut in lana legata, ex qua vestis; in materia, ex qua navis facta est, probari diximus. Sin species ad pristinam materiam reduci potest: placet consistere legatum, & tum materiam, tum speciem, quæ facta est, deberi. Ut, si, massa legata, testator inde poculum fecerit: aut legatum poculum in massam conflaverit, placet & illic poculum, & hic massam deberi. *d. L. lana.* 88. *de legat.* 3. *L. servum.* 44. §. *si pocula. D. de legat.* 1. Hoc ideo, quia in hujusmodi materiis hoc evenit, ut materia quamvis in aliam speciem translata, semper tamen manere intelligatur. Cujus rei certum argumentum sit, quod species ea semper ad eamdem illam materiam reverti potest. Eo fit, quod Paulus vulgo de hoc genere traditum scribit, in *L. quæsitum.* 78. §. *illud. D. de legat.* 3. ut quæ talis naturæ sunt, ut sæpius in sua redigi possint initia, quales sunt species ex superioribus materiis factæ, ea materiæ potantia victa nunquam vires ejus effugiant.

XXII. Rursum hic videamus, ne Ulpianus totam hanc distinctionem tollat, in *L. servum.* 44. §. *si pocula. de legat.* 1. atque hoc statuat in omni re immobili legata, ex qua species aliqua facta sit, legatum nihilominus indistincte consistere. Sic enim scribit: *si pocula quis legavit, & massa facta est, vel contra; item si lana legetur, & vestimentum ex ea fiat: Julianus libro trigesimo secundo Digestorum scripsit, legatum in omnibus supra scriptis consistere, & deberi quod exstat. Quam sententiam puto veram.* Ergo in poculis consentit; in lana dissentit aperte, ex qua si vestimentum factum sit, vestimentum, aut lanam deberi supra negavimus. Quod & traditur in *d. L. lana* 88. *de legat.* 3. Et dissentiret omnino, si simpliciter se superiorem sententiam probare diceret; sed addit conditionem: *quam sententiam*, inquit, *puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem.* Et nos certe idem fatemur, si testator ex lana vestimentum ita fecit, ut constaret, eum non mutasse voluntatem, quo a legato recederet, legatum lanæ ita consistere, ut quod ex lana exstat, judicio testatoris debeatur. Sed hoc quæritur, si de voluntate testatoris aliunde nihil constet, quam ex superiore facto, quid hic statui, & quid hic illum sensisse existimari oporteat. Hic vero ad superiorem sententiam redeundum est, ut dicamus eum, qui rem legatam substulit, vel mutavit in aliam speciem, quasi re legata exstincta, a legato recessisse videri, si quidem species ad pristinam materiam redire non possit; sin possit, contra esse; quia semper materia eadem exstare videatur.

XXIII. Alienatio [10] quoque testatoris in re legata facit, ut quantum de re alienavit, tantum de legato videatur detraxisse: ut si totum, totum; si partem, reliqua dumtaxat pars debeatur. *L. si ex toto.* 8. in princ. *D. de legat.* 1. *L. rem legatam. D. de adi. leg.* Nec solum re principali alienata, extinguitur ejus rei legatum; sed una etiam ea, quæ accessionum locum obtinent. *L.* 2. *D. de pec. leg.* Unde quæsitum, pluribus rebus simul legatis, quæ quibus sint, aut non sint accessiones, ut ex ea de earum, quæ supersunt, jure judicetur. Quod in his caussis quæsitum est: Si ancilla cum suis natis legata sit; Servus ordinarius cum vicariis; Servus cum peculio; Fundus instructus, seu cum instrumento. De quibus ordine responsum legimus in §. *si quis ancillas. Instit. de lega.* & alibi diversis locis, in hanc sententiam, ut, ex duabus prioribus caussis una specie alienata, vel manumissa, nihilominus aliæ debeantur: congruit *L.* 3. *L.* 4. *D. de pec. leg. L. si ancilla.* 62. *L. si ancillas.* 63. *D. de legat.* 1. ex posterioribus autem caussis duabus contra, ut, alienato quidem, aut adempto vel peculio, vel instrumento, nihilominus maneat rei principalis, puta servi, & fundi legatum. At [11] servo legato alienato, vel manumisso,

10) Acrius obstante *L.* 98. §. 8. vers. *nec admissum est de solut.* Resp. Brim. *Lib.* 2. *de Solut. Tit. de Extentione a Commercio p. m.* 419. vult in *d. L.* 79. §. *ult.* esse vestigium opinionis Celsi reprobatæ *in d. L.* 98. §. 8. Et dissensionem agnoscunt Forner. 2. *Select.* 16. Fopp. ob Æzema 2. *Dissert.* 4. Sed rectissima est distinctio vulgaris inter contractus, & ultimas voluntates, non ex ea solum ratione, quod in testamentis media tempora non noceant, nec quod testamento plenius interpretemur, ceu vulgo eam probare solent, sed &, quia ipsi Pauli rationi *d. vers. nec admissum*, non est locus in ultimis voluntatibus. Neque enim hoc caso obligatio extincta est, ut restitutione opus sit, sed nondum nata, mutatione in homine legato contingente vivo adhuc testatore. Sane & quod media tempora non nocent, verum puto, non tantum ratione personarum capacitatis, ut Forner. & Fopp. sed & ratione conditionis rerum *d. L.* 79. §. *pen.* & arg. *Regulæ Catonianæ.*

11) Etsi alienatio invalida, modo adsit voluntas in alium vere transferendi. *L.* 24. *in fin. h. t.* Quid autem si rei venditæ dominium nondum translatum? ut si pretium nec sit solutum, nec de eo fides habita. Anceps contentio est, de qua A. Gentil. 1. *Lect.* 10. volens, revocatum esse, quoad speciem legatam; non vero quoad pretium, quod ab emptore solvendum putat legatario, argum. e contrariis ex *L.* 39. §. 3. *de leg.* 1. Ad *d. L.* 24. Resp. Gentil. ibi ex invalida donatione, licet res non exierit vero e donantis dominio, propositum tamen id ipsius, quod satis est ad revocandum legatum. E contrario rei venditæ, creditur testator, noluisse dominium transire ante pretium solutum. Obst. *L.* 27. §. 3 *de instr. leg.* Resp. vid. A. Fab. 1. *Conject.* 6. Quid si rem redemit testator? Non redintegratur legatum, nisi probato nova voluntate *L.* 15. *h. t.* Cujac. 8. *diff. Modest. ad L.* 18. *h. t.* P. Fab. 3. *Semestr.* 15. *p.* 108. Gomez. 1. *Resol.* 12. *n.* 56. Moller. 4. *Semestr.* 30. Vasq. *Lib.* 3.

misso, etiam legatum peculii extinguatur. Idemque accidat in instrumento fundi, cum fundus cum instrumento legatus alienatus est, quanvis sine instrumento. *d.* §. *si quis ancillas. in fi. Inst. de leg. L.* 1. *L.* 2. *D. de pec. leg.* Unde igitur hæc distinctio in rebus pluribus, quas constet pariter esse legatas? Ex illo principio scilicet, quod posuimus, ut pluribus rebus simul legatis, una alienata, aut perempta, nihilominus reliquarum quæ modo principales sint, legatum duret; earum autem quæ accessiones sunt, legatum extinguatur. Quod in superiore iatarum caussarum distinctione servatum reperietur. Quam enim rem principalem vocamus? Quæ per se sine alia consistit. Quam accessionem alterius? Eam, quæ sine illa altera consistere non potest. Atqui ancilla sine uatia suis; & nati ejus sine matre consistunt. Similiter & servi vicarii sine ordinariis. Habent enim omnes hi sua corpora distincta alia ab aliis natura ipsa per se, non fictione juris subsistentia. Sint ergo singulorum ut æque principalium rerum distincta legata, nec unius alienatio, aut ademptio, aliarum rerum legatum minuat. Contra nec peculium sine servo, cujus peculium est, nec instrumentum fundi sine fundo, cujus est instrumentum, intelligi potest. Unde & de peculio dictum, morte & manumissione servi, item & emancipatione filii peculium esse desinere. *L. ult. D. quan. de pec. an. est act. L. ult.* §. *ult. C. de inoff. test.* Ex quo intelligitur, peculium esse accessionem servi, instrumentum accessionem fundi. Proinde recte dici & illius legatum alienatione servi, & legatum hujus alienatione fundi interire.

XXIV. Sane in fundo recte mouet Paulus in *L.* 5. *D. de inst. & instr. leg.* posse ita fundum cum instrumento legari, ut instrumentum non sit fundi accessio, nec fundo alienato, intereat legatum instrumenti. Quod fieri ait, si testator leget ita: *fundum, & instrumentum*: ubi apparet, eum hæc ita legasse, ut disjuncta esse vellet, & tanquam res æque principales faceret. Item & si leget *fundum instructum*. Plura enim multo continentur appellatione fundi instructi, quam fundi cum instrumento legati, ut declaratur in *L. quæsitum.* §. *sed si fundus.* §. *instructo. D. de inst. & inst. leg.* In summa hoc legato veteres contineri definiunt, non tantum agri instrumentum, sed & proprium instrumentum patrisfamilias. *d. L. quæsitum.* §. *sed si fundus.* [12] Hoc vero & sine fundo esse potest. Ergo illius legatum, fundo alienato, perierit. *d.* §. *si quis ancillas. Inst. de leg.* hujus non item.

XXV. Sed quod dicimus, legatum alienatione rei legatæ exstingui: hactenus verum esse sciendum est, si quis, nulla necessitate rei familiaris adductus, alienaverit: puta donaverit, aut vendiderit, quod non erat necesse. *d. L. rem legatam. de adi. leg.* Diversum esse, si quis, urgente necessitate rei familiaris, alienaverit: nisi probetur etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse. Sed hic probationem mutatæ voluntatis ab heredibus, id est a reis ipsis exigendam. Hoc in *L. fideicommissa.* 11. §. *si rem. de leg.* 3. Nempe quia in dubio semper præsumptio faciat pro legatario, eodemque actore; quasi exstinguendi legati caussa rem non alienet, qui etiam si maxime legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Qua ratione recte placuit, si testator prædia quæ legaverit, postea pignori, vel hypothecæ dederit, mutasse eum voluntatem circa legatariorum personam non videri. Ideoque etiam nunc prædia ab herede peti posse, & quidem ita, ut ab eo liberari debeant. *L.* 3. *C. de leg.* Non utique quia pignoris datio non sit alienationis species: est enim: *L. ult. C. de reb. al. non al.* Sed quia ipsum pignoris, & hypothecæ nomen indicat alienationis necessitatem. Nemo enim res suas pignori dat, nisi ut pecuniam vel nunc accipiat, qua indiget, vel in ea, quam jam debet, creditoris persecutionem necessaria cautione redimat. Quæ omnia fieri apparet propter necessitatem rei familiaris.

XXVI. Quod si hæc in vera alienatione rei legatæ recipiuntur, ubi res in alterum translata, manet tamen: multo magis in servo legato, si interim manumittatur, recipiendum est, ut quamdiu in eadem conditione est, peti non possit nec ejus æstimatio. Hoc Celsus in *L. si chorus.* 79. §. *ult. de leg.* 3. scilicet quia servus manumissione non solum alienatur a domino, ut supra, sed etiam conditionem mutat, & alius quodammodo homo esse incipit. Et quid, si hic manumissus postea servus factus sit? Celsus ibidem scribit, eum peti posse, quæ vera lectio est. Prius enim dixerat, aream legatam si medio tempore inædi-

Lib. 8. de Succes. progressu §. 27. *n.* 10. ubi excipit, nisi legatarius testatori conjunctus *L.* 28. § 1. *de cond. & dem.* & nisi pia caussa sit legatum per *L. pen. de man. testam. junct. L.* 1. §. *ult. ibi ad hanc pietatis caussam C. de Comm. serv. man.* vide plura de hac alienatione apud Menoch. *Lib.* 4. *Præsumpt.* 167.

12) Quod non sequitur servum nisi legetur *L.* 24. *de pecul. leg.* Exceptio est in peculio vicarii legati *L.* 6. §. 2. *d. t.* Pac. 6. *Q.* 38.

inædificata fuerit, ac rursus area facta sit, quanvis tunc peti non poterat, nunc tamen deberi. Et in servo quoque legato, si manumissus sit, ac postea servus factus, idem utroque tempore servandum ait. Ergo & servum factum deberi, eoque & peti posse. At enim prius diximus, si domo legata destructa testator eodem loco aliam ædificaverit, penitus interiisse legatum, ut nec domus acquens debeatur, nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. *L. si ita legatum.* 65. §. *ult. D. de leg.* 1. Sed & hæc similia non sunt, domus enim postea ædificata, nova domus est; hæc vero non fuit legata. Non mirum igitur, si non debeatur. Area legata, cui ædificium impositum est, si postea deponatur ædificium, nihilominus semper eadem area est, quæ fuit legata. Et servus legatus, qui postea manumittitur, si rursum servus fiat, [13] semper idem servus est, qui fuerat. Quæ cum sint legata, necesse est ea nunc quoque deberi, nisi probetur, testatorem ne hæc quidem recepta vetere rei conditione præstari voluisse.

XXVII. Restat nominis exactio. De qua Ulpianus in *L. fideicommissa.* 11. §. *si rem. D. de leg.* 3. scribit ad hanc sententiam, ut si nomen debitoris sui a se legatum quis exegerit, exstinguatur legatum: quia substantia ipsa debiti exstincta sit. Et hoc, nisi appareat, non hoc animo fuisse testatorem, ut legatum adimeret. Ex his autem id conjici posse. Si debitor ultro pecuniam obtulit, quam, offerente ipso, non potuit creditor non accipere. Si exegit quidem ab invito, sed exactam in deposito habuit. Idem esse, etsi ex hac pecunia rem comparaverit, quam sibi habere voluit, & velut apud se esse illius pecuniæ loco.

XXVIII. Ac fit his modis, ut infirmetur ab initio legatum prius, quam deberi cœptum sit. Accidit, ut proposui, nonnunquam, ut deberi cœptum desinat, vel ut peti jam amplius non possit, vel ut solutum etiam revocetur. Id autem accidit aut eadem illa voluntate testatoris, legato finem, & modum injicientis; aut culpa legatarii sese indignum præbentis legato.

XXIX. Voluntate testatoris, in legatis annuis, & similibus ad certum diem usque, aut ad certam conditionem relictis. Ut Titio decem annua in duodecim annos: decem menstrua, donec pater ab hostibus redierit; donec ille uxorem duxerit. Nemo non videt in his voluntatem testatoris hanc esse, ne post duodecim annos ea item decem amplius præstentur, neve tunc, cum aut navis ex Asia venerit, aut legatarius uxorem duxerit. Et vero ita finitur legatum, nec jam amplius utiliter peti potest. Tantum hic monendi sumus, quod supra in hoc genere adjectorum attigimus, consequi id heredem non ipso jure, sed tantum per exceptionem. Jure enim fieri, ut obligatio semel cœpta, quanvis constituta ad tempus, sit perpetua: quia tempore finiri eodem jure prohibente non potest. Sed prætorem subvenire, proposita generali exceptione doli adversus omnes, qui per occasionem juris civilis contra æquitatem naturalem quid petant. *L.* 1. *D. de dol. exc.* Talis petitio cum sit ejus legatarii, qui per occasionem superioris juris contra voluntatem testatoris post tempus petat: merito petentem hac exceptione summoveri, utcumque jure summo actio cœpta perseveret. *L. nemo.* 55. *D. de leg.* 1. *L. obligationum fere. in pr. D. de obl. & act.*

XXX. Eadem voluntas finem, & revocationem injicit legatis, quæ sub modo relicta sunt, si, legato accepto, legatarius modo non paruerit. Ut, si cui centum legata sint, ut monumentum, ut insulam ædificet, ut Stichum manumittat: aperte hæc mens est testatoris, ut nisi hæc faciat legatarius, legatum non maneat, sed caussa legati non secuta revocetur. Nam & in contractibus si quid ob rem datum sit, ut quid fiat, id agi intelligitur, ut, caussa non secuta, datum reddatur, quam ob caussam & dati repetitio constituta est. Multo vero magis testatori ob eamdem caussam danti is sensus inesse credendus est, quo magis ea fiant, quæ voluit, quibus promovendis ipse post mortem suam superesse non potuit: ac proinde ea caussa, quam adjecit, non secuta, multo magis revocatio ex ejus voluntate admittenda est, ut suprema voluntas conservetur.

XXXI. Sed tamen utrum hic purum sit legatum, quod peti possit etiam ante, quam legatarius modum impleverit, quo demum accepto, legatarius, quod jussus est, facere debeat: ni faciat, tum deinde legatum revocetur: quod modo diximus: an vero legatum sit sub conditione, qua fiat, ut is prius modum implere debeat, quam ad legatum perveniat: horum, inquam, utrum probandum sit, dubium facit. *L.* 1. *C. de his, quæ sub. mo.* Quinimo

13) Ac ita non dicendum est *d. L. L.* correctam esse per *d.* §. 17. ut *ibid.* Baro, nec eam tantum obtinere, si probetur ea mens fuisse testatoris, regulariter contra, ut Pac. 6. *Quæ.* 35.

imo hæc ita scripta est, ut posterius hoc potius constituere videatur. Sic enim illic definitur: In legatis, & fideicommissis modum pro conditione observari. Scimus in legatis, & fideicommissis conditionis hanc vim esse, ut quæ sub conditione relicta sunt, non prius deberi incipiant, quam conditio exstiterit. *L. legata.* 41. *D. de cond. & dem.* Sit ergo, dixerit aliquis, & modi adjecti ex superiore definitione vis eadem, ut ne sub modo relictum ante debeatur, quam modus impletus fuerit. Sed non hæc vis est hujus legati. Quod quia superiore illa definitione negari videtur, operæ pretium est, nos in vera sententia de hac specie adversus ejus loci, & aliorum quorumdam dubitationem paulo diligentius confirmari. Sciamus igitur, legatum sub modo relictum ad petitionem purum esse, idest tale quo statim debeatur, & peti possit, ac dari etiam debeat prius, quam legatarius modum impleverit, aut ejus implendi caussa ullam partem attigerit eorum, quæ facere jussus est. Tum eum implere debere, cum legatum acceperit. Ni faciat, cum potest, ibi legati exitum hunc esse, ut legatarius voluntate testatoris defectus, legatum sibi habere non possit; & quoniam tenet, id restituere debeat, tanquam ob rem datum re non secuta. Vel ipsa conceptio legati hanc testatoris mentem esse plus satis declarat. Nam qui legat decem Titio, ut quid faciat, aperte vult prius legatum præcedere, sic deinde sequi id factum, propter quod legatum dedit. Quod ex contractibus facile animadvertere possumus, in quibus quid datur ob caussam, ut scilicet ab eo qui accepit, detur quid vicissim, aut fiat. Ubi natura ipsa nos docet prius esse omnino, ut quid detur, sic deinde caussa sequatur, propter quam quid datum voluimus. Neque porro alia hic legati conceptio est, quam in superiore traditione ob caussam dati. Quominus autem dubitemus ita esse, faciet, quod in hac specie scribit Julianus in [14] *L. cum in testamento.* 48. *D. de fid. lib.* Testator ita scripsit: heres meus Stichum Titio dato ita, ut eum manumittat. Agnoscimus, legatum relictum sub modo, quale est id, de quo nunc agimus. Scribit Julianus, *petenti Stichum legatario exceptionem doli mali obstaturam, nisi caverit, se libertatem secundum voluntatem defuncti præstaturum.* Qui in hac specie dat exceptionem adversus petentem legatarium, prius hoc confirmat, legatario in ea re, de qua agitur, esse actionem: quoniam non est exceptio, nisi adversus actionem jure comparatam. *Inst. de except. in pr.* unde exceptio dicta actionis exclusio. *L. 2. D. de excep.* Quid igitur illud, quod dicitur, in legatis, & fideicommissis modum pro conditione observari? *d. L. 1. C. de his quæ sub mo.* Ad exitum, & effectum legati, non ad initium, & petitionem id referendum est. Sane enim in legatis & modus æque implendus est, atque conditio: qui, nisi impletus erit, hic legati exitus futurus est, ut non magis ad legatarium pertinere debeat, quam legatum sub conditione relictum non impleta conditione. Quam ob caussam & tanquam quod sit apud eum sine caussa, [15] restituere cogitur. Sed initium obligationis, & petitionis in utroque genere non idem. Sub conditione relictum conditionem existentem prius exigit, quam quidquam debeatur; ut proinde ante multo minus peti possit. Relictum sub modo nullum factum legatarii præcedens desiderat, quo ad legatum perveniatur; unde hic præsens obligatio & petitio. Tunc desiderat, cum legatum acceptum fuerit; atque hinc eo non secuto, legati revocatio, quæ pariter cum deficiente conditione legatario legatum adimit.

XXXII. Sed quod legatum verbis testatoris, & ex testamento conditionem non habet in hac specie, id extrinsecus auctoritate juris ex æquo, & bono conditionem accipit. Placet enim, legatarium, cui sub modo legatum est, non aliter admitti, [16] quam si caverit, se quod jussus est, facturum. *d. L. cum in testamento.* 48. *D. de fid. lib.* Neque hic nuda cautio sufficit, sed satisdatio exigitur; & quidem ita, quasi hac conditione legatum esset, si legatarius satisdedisset. *L. quib.* 40. §. *ult. D. de cond. & dem.* At quorsum hæc cautio, cum & sine ea cautum sit heredi de legato, constituta adversus legatarium legati revocatione, si voluntati testatoris non paruerit, ut diximus? Etsi quidem hac revocandi potestate satis cautum

14) Et in *L.* 80. *de cond. & demonstr.* ubi aperte statuitur disparitas conditionis, & modi, vid. Chiflet. *Lib.* 2. *de Jure Fideic. C.* 12. *& not. supr. C.* 14. *N.* 6.

15) Chiflet. *d. C.* 12. *pag.* 934. Modum etiam vocari conditionem *L.* 21. §. 3. *de ann. leg. L.* 71. §. 1. *de cond. & dem.* quia in effectu est pro conditione, & cum ea multa habet similia, vid. & Cujac. *Consult.* 2. & 5.

16) Datur & hodie actio fideicommissi ei, cujus gratia modum adjecit testator, seu cui ex eo emolumentum quæri voluit *L.* 2. *C. de his, quæ sub modo.* Chiflet. *d. C.* 12. Cujac. 14. *Obs.* 25. ubi *d. L.* 2. *vers. sive ad conditionem*, sic interpretatur: Sin verba modalia pura sint, statim fideicommissi petitio. Ex. gr. Lego tibi Stichum, ut Titio 10. des. Sin conditionalia, post eventum conditionis, ex. gr. ut 10. des Titio si navis ex Asia redierit.

tum esset heredi fore, ut testatoris voluntas servaretur, nihil alia cautione esset opus, multoque minus satisdatione. Nunc autem ea potestas ad cautionem non sufficit. Potest enim legatarius, legato accepto, modum negligere, & quidem ita, ut legatum non reddat. Quid enim, si deficiat facultatibus, ut non sit solvendo? Quod si accidit, aperte circumvenitur voluntas testatoris. Id ergo ne fiat, superiore satisdatione prospicitur. Quæ ratio hujus cautionis inducendæ etiam tunc, cum repetitio dati competit, redditur in simili specie a Pomponio in *L. is cui.* 31. *in fi. D. ad leg. Falc.* Cumque æquum sit in proposito id ita caveri, ideo proponitur heredi exceptio doli, qua a legatario legatum petente id consequatur. *d. L. cum in testamento.* 48. *de fid. lib.*

XXXIII. Ergo, dicet aliquis, erit hoc legatum conditionale, quod prius negabamus. Minime vero ideo conditionale. Conditiones enim non ex testamento, sed extrinsecus venientes non faciunt legata conditionalia. *L. conditiones.* 99. *D. de cond. & dem.* Talis est autem hæc conditio, quæ auctoritate prudentum æqui, & boni interpretatione inducta est, non ex testamento profecta. Quæ si esset ex testamento, legatarius ipso jure repelleretur a legato, utpote voluntate testatoris defectus. Nunc autem removetur solum per doli exceptionem. *d. L. cum in testamento.* 48. *de fid. lib.* quæ exceptio a jure est, & æqui ac boni regula continetur. *L.* 1. *D. de dol. mal. excep.* At enim Trebatius legatum sub modo relictum respondit pro eo habendum, ac si ita legatum esset, si satisdedisset legatarius, se quod jussus est, secundum voluntatem defuncti facturum. Quæ & sententia recepta est. *d. L. quibus.* 40. §. *ult. D. de cond. & dem.* Sed multum interest, utrum dicamus, legatum sub hac conditione relictum esse, an vero pro eo habendum, ac si sub ea conditione relictum esset. Quinimmo hæc sunt contraria. Nam qui pro eo habendum dicit, ac si sub conditione legatum esset, hoc ipso re vera sub conditione legatum esse negat. Quod ex similibus formulis potest intelligi. Dicimus enim, interdum conditionem pro impleta haberi. Quod tunc facimus, cum intelligi volumus, vere impletam non esse, etsi jure pro impleta habeatur. *L.* 5. *D. quan. di. leg. ced. L. in jure. D. de con. & dem.* Dicimus & deportatos pro mortuis. seu mortuorum loco habendos. *L.* 1. §. *pen. D. de bon. pos. cont. tab.* Quo tamen ipso maxime vivere significantur. Vivere certe natura constat. Nunc rem in pauca conferam. Stet igitur de hoc genere hæc sententia: legatum sub modo relictum ab initium purum esse, resolvi autem sub conditione, si legatarius voluntati testatoris non paruerit. Neque hanc conditionem legati mutari, quia dicatur legatarius æquitatis ratione non prius ad legatum admitti, quam satisdederit, se quod testator voluit, facturum. Hanc enim moram petitioni injici; non legato, ut de heredis aditione dicitur in *L. heredis*, 7. *D. quan. di. leg. ced.* Denique conditionem ex jure esse, non ex testamento. Cujusmodi conditiones non reddunt legata conditionalia. *d. L. conditiones*, 99. *de cond. & dem. d. L. heredis, quan. di. leg. ced.*

XXXIV. Culpa sua legatum alioqui jure deberi cœptum amittit legatarius, qui se judicio defuncti [17] indignum præbet. Præbere autem se indignum ex his factis [18] quatuor tanquam caussis existimatur; quamobrem & ex singulis legati persecutio ei denegatur.

XXXV. Primum si testamentum, quo legatum relictum erat, tanquam falsum impugnavit aut falsi accusando, aut accusanti opitulando, aut cum ejus accusationis judex esset, falsum pronuntiando, quod postea ex appellatione verum, & justum esse pronuntiatum est. *L. post legatum*, §. 1. §. *his vero*, & duob. sequen. *D. de his, quæ ut ind. auf.*

XXXVI. Secundo, si idem testamentum accusavit tanquam inofficiosum [19] nec obtinuit. *d. L. post legatum*, §. *si filiusfamilias*, *in fi. de his*, *quæ ut ind. L. filius*, §. 1. *D. de inof. test.*

XXXVII. Tertio, si tutor eodem testamento datus cum gerendæ tutelæ capax esset, a tutela se excusavit. *d. L. post legatum* §. *amittere.* Nam qui in onere sibi injun-

17) Item si testatorem occidit, *L. Lucius* 9. *de I. Fisci.* Quid si occiderit ob ejus culpam, mœchum uxoris, proditorem patriæ. Vasq. *Lib.* 1. *de Success. resolut.* §. 9. n. 123. & §. 20. n. 23. & *seq.* distinguit: si occisio fuit meritoria, ut in proditore, quia præmio potius dignus heres, non privari eum hereditate. Sin tolerabilis tantum, ut in mœcho, tunc etsi pœna dignus non sit, tamen lucro indignum esse, itaque fisco hereditatem cum oneribus legatorum concedendum, argum. *L.* 1. *de his, quæ ut indign.*

18) Vid. Connan. 9. *Comm.* 9. n. 9. & 10. Aufertur autem & hereditas ceu indigno, si necem defuncti heres non vindicaverit. *L.* 1. *l.* 6. 9. 10. *C. L.* 17. *l.* 20. & *seq. de his, quæ ut indig. aufer.* & *tot. D. ad SC. Sylları.* Quod tamen ad legatum extendendum non videtur, per *L.* 21. *de his, quæ ut indign.* ibi, *omnes heredes vel qui loco heredis sunt.* Loco heredis non est legatarius.

19) Sunt & aliæ caussæ, quas recenset Wes. *in Par. de his, quæ ut indig.*

injuncto judicium defuncti contempsit, meretur, ut etiam honore a testatore delato careat. Dixi, si tutor tutelæ gerendæ capax esset. Nam si non fuit, ut miles, aut minor 25. annis: etsi tutelam non geret, nihilominus legatum consequetur. Non enim contempsit judicium defuncti; eoque nec juste ab ea petitione repellitur, qui, etiam si vellet, tutelam administrare non potuit. Traditum in *L. ab administratione. C. de leg.*

XXXVIII. Postremo, si legatarius testamentum celavit, quod postea emerserit, juste adversus eum constitutum est, ne calliditatis suæ fructum capiat, quia conatus est heredem hereditate defraudare. *L. pe. C. de leg.*

XXXIX. Sed ex his causis legatum amittitur legatario dissimiliter. Nam ex duabus prioribus sic illi amittitur, ut ei tanquam indigno ablatum vindicetur fisco. In causa falsi indicatur in *d. L. post legatum. §. si filiusfamilias. de his, quæ ut ind.* In caussa inofficiosi diserte traditum in *d. L. filius. §. 1. D. de inof. test.* Ex duabus posterioribus sic legatum aufertur, ut non transferatur ad fiscum: sed ex caussa quidem recusatæ tutelæ, quod tutori denegatur, relinquatur filio, cujus utilitates disertæ sunt. *d. L. post. §. amittere. de his quæ ut ind. d. L. pe. C. de leg.* Ex causa autem celati testamenti maneat apud heredem, cui legatarius nocere voluit. *d. L. pen. C. de leg.*

XL. Nihil simile patitur filius, qui heres a patre institutus, hereditate se abstinuit suus, aut emancipatus hereditatem repudiavit. Etiam hereditate omissa, placuit, hunc a coherede petere posse legatum sibi eodem testamento relictum. Non enim videri impugnari judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. Sed hoc ita, nisi appareat, aliud sensisse testatorem. Hæc in *L. filio. 87. & tribus seqq. D. de leg. 1.*

CAP. XVIII.

Legatum recte delatum tempestiva agnitione acquiri; tempestiva repudiatione amitti. Quando utraque tempestiva, ut aut legatum agnoscere, aut repudiare liceat: Cum licet, quatenus liceat. Agnito, aut repudiato eo, quæ vis agnitionis, & repudiationis.

Legatum acquiritur volenti solo voluntate. I.
An & ignoranti. II.
Agnitum a quo tempore fint legatarii. III.
Ad vim agnitionis duo quærenda, & quæ nam. IV.
Agnosci legatum utiliter potest cum in ea causa est, ut acquiri possit. V.
Posse autem intelligitur cum & delatum est jure, nec postea repudiatum. VI.
Delatum quando intelligatur. VII.
Non defertur, nisi post testatoris mortem. VIII.
Nec ante aditionem hereditatis. IX.
Neque, si quid horum adjectum, ante diem, vel conditionem. X.
Repudiatum acquiri amplius non potest. XI.
Si unum est legatum, aut totum agnoscendum, aut a toto abstinendum. XII.
Sin plura, uno repudiato, alterum amplecti nemo prohibetur, nisi unum ex iis onus habent, quod repellatur. Et quando videantur plura legata esse, quando unum. XIII.
Heredes legatarii legatum, & si unum, scindere possunt, ut alter suum partem acquirat, alter repudiet. XIV.
Agnitionis legati effectus est ipsius legati acquisitio. XV.
Hæc in rebus certis legatis, quæ testatoris fuerunt, duo continet, & quæ nam. XVI.
Harum rerum dominium recta via transire in legatarium. Ubi duo singularia: quod sine traditione, & possessione, quod retroversus. XVII.
Hujus juris qui nam effectus. XVIII.
Legatum nunquam damnosum. XIX.
Quæ in eo agnoscendo sunt leges, eædem sunt & in repudiando; isve repudiare potest, qui & acquirere. XX.
Repudiationis effectus est, ut retroversus res legata videantur fuisse heredis, si quidem ab eo relicta. XXI.
Quæ nam ei inde commoda obveniant, & quatenus. XXII.

Hodie

Hodie a quocunque relictum sit legatum, legatario repudiante, apud eum, a quo relictum est, manet. XXIII.

I. EXpositis iis, quæ valeant ad legatum constituendum, in quibus tria hæc esse initio proposuimus, ut & sit aliquid legatum; & sit jure, atque utiliter; tum, ut in eadem caussa ad extremum manserit, nec sit infirmatum: postquam de his huc usque diximus, hactenus tantum dixisse videmur, quo intelligatur, quando legatum alicui delatum sit. His enim ipsis rebus efficitur, ut sit delatum. Quæ prima pars est, & præcipua, eaque ut in hereditatum delatione late patens, per quam perveniatur ad legati acquisitionem. Hac parte posita, sequitur altera, quæ perficiat hanc ipsam acquisitionem, posita in facto ejus, cui quid legatum est, ut quod delatum est, ipse amplectatur, & velit ad se pertinere, quo modo jure oportet. Nunquam enim liberalitas invito cuiquam acquiritur. *L. hoc jure. §. non potest. D. de donat. L. invito. D. de reg. jur.* Hic ergo prima quæstio est, quo facto legatarii legatum recte delatum ei acquiratur. Et placet, ut invito ei non acquiritur, ita volenti sola voluntate acquiri, simul ut legatum ad se pertinere voluerit. *L. servum.* 44. §. 1. *de leg.* 1. *L. si mihi pure.* 59. *de leg.* 2. Uno verbo, si legatum agnoverit. Sic enim dicitur ut hereditas, ita & legatum, ac res legata agnosci ab eo, qui legatum admittat, amplectatur, in *L. nihil.* 12. *in pr. L. pen. §. ult. De inof. test.* Quod & nostri intelligi volunt per contrarium, cum dicunt legatum legatario acquiri, si legatum non repudiaverit, si a se non repulerit. *d. L. servum.* 44. §. 1. *L. si tibi homo.* 86. §. *cum servus. de leg.* 1. *L. legatum.* 80. *de leg.* 2. Hoc enim sentiunt, cum certum erit legatarium legatum non repudiasse, non a se repulisse. Id autem certum fit, cum agnovit.

In quo nam legatario repudiatio noceat, in quo prosit. XXIV.

II. Legimus tamen etiam ignorantibus legatum acquiri. *L. cum pater.* 77. §. *surdo. D. de leg.* 2. An videntur hæc cohærere? Omnino. [1] Ignorantibus enim acquiritur non simpliciter, non certo, & irrevocabiliter; sed sub conditione, si quandoque postea agnitum fuerit. Quod ni ita esset, non liceret unquam delatum repudiare. Ut enim semel repudiatum postea acquirere non possumus: ita semel vere, & perfecte quæsitum non licet repudiare. *L. sicut. C. de rep. hered.* Licet autem delatum legatum repudiare, quod ante non agnoveris, ut postea dicetur. Non ergo ante agnitionem certo, & perfecte fuit legatarii. Secuta autem postea agnitione, tum certo, & perfecte acquiritur, quam ad rem agnitio est necessaria.

III. Acquiritur autem ita, ut jam non ex eo tempore tantum, quo agnitum est, fiat legatarii: sed retroversus jam inde ab initio, ex quo [2] adita est hereditas, ejus factum intelligatur; agnitione vide-licet

1) Contra A. Fab. 8. *Conject.* 19. hoc plus esse in legato, sentit, quam in hereditate, quod hereditas non ignoranti, nec invito acquiratur: Legatum autem etsi non invito, tamen ignoranti, non tantum quoad personalem actionem, ut vult Cujac. *ad L.* 16. *de testam.* & P. Fab. *ad L.* 15. *de R. I.* Sed & quoad ipsum dominium. Quod probat (1) *L.* 19. §. 6. *Quem serv. am.* tum in verbis, quia (idest legatarii) via esse cœperat. (2) Quia in *L.* 77. §. 3. *de leg.* 2. dicitur, ignorantibus emolumentum quæri, quod non in agendi facultate consistit, sed in ipsa re legata. (3) Quia repudiatio legati vocatur alienatio, & res legata dicitur esse pupilli ante repudiationem in *L.* 5. §. 8. *de reb. cor. qui sub. tut.* (4) Quia legata etiam infanti, ac furioso acquiruntur *L.* 16. *de test.* ubi tamen pro *personales*, mavult Faber legere, *personis tales*, scilicet actiones, quæ nomine legati competunt, tam in rem, quam in personam. Putat tamen Faber & vulgatam lectionem defendi posse, si dicatur, ideo de personalibus actionibus rationem subjicere ICt. quia non potuit alia afferri ratio, quæ fideicommissis perinde ut legatis (de utrisque enim in *d. L.* 16. agitur) conveniret. Nam ex fideicommisso jure antiquo sola personalis actio. Nec tamen hæc acquisitio, inquit Faber, quæ fit sola legis potestate, facit, quo minus liceat repudiare, ne alioqui lex videatur invito beneficium dare. Vid. idem 14. *Conject. pag.* 72. & 20. *Conject.* 2. & qui acerbe Cujac. perstringit, Hortens. *ad L.* 1. §. 1. *de Us. accr.* Puto, sententiam Fabri bonis niti rationibus. Sed *d. L.* 16. *de Test.* sic melius incorruptam servari posse, si dicamus ibi in vers. *non etiam*, argumentationem esse a minus verosimili ad magis, hujusmodi: Si aliquo casu personalis actio potest acquiri ignorantibus, etiam compotibus mentis, quod minus probabile videtur, eo quod illa oriatur ex negocio gesto; magis & facilius (infertur ibi tacite) poterit ignoranti, & sic etiam infanti, ac furioso, dominium rei legatæ acquiri, quia inter modos acquirendi dominii jam olim notus, & fere præcipuus, qui fit per legem. Ulp. *Tit.* 19. §. 2. & §. 17.

2) Ita & Cujac. *ad L.* 7. §. 5. *de dolo*, agnitionem retrotrahi ad tempus aditæ hereditatis, non vero ad tempus anterius *d. L.* 7. §. 5. Sed A. Fab. *ad d.* §. 5. immo, & ad tempus mortis retretrahi, etiamsi conditionale sit, vel in diem relictum *L.* 21. §. 1. *Quemadm. serv. amitt. L.* 34. & *seqq. ad L. Aq. L.* 105. *de cond. & dem.* Sed hæ LL. plane impertinentes, nec ullo modo id, quod Faber intendit, probant. Et quod ad diem aditionis tantum retretrahatur Tex. est. *d. L.* 86. §. 2. *de leg.* 2. Resp. Faber. Etiam sic ad tempus mortis, quia dies aditionis ad diem mortis retrotrahitur *L.* 54. *de acq. her.* Ergo fictione juris idem tempus aditionis, ac mortis, quoad ea, quæ fictionem recipiunt. Sed *d. L.* 54. locum habet in hereditate, non in legato, in quo necessitas, quæ illam fictionem in hereditate requirit, *vid. supr. Lib.* 7. *C.* 10. *N.* 7. & *ibi not.* cessat. Denique refellitur Faber ex *d. L.* 7. §. 5. *de dolo.* Resp. quidem is retrotractionem hanc fieri sola fictione, ac potestate juris, cui fictioni locus esse non possit, quam si res extet eo tempore cum incipit locum habere fictio, id est cum aditur hereditas. Unde si ante aditam servus legatus interemptus sit, non videri eum fuisse legatarii d. §. 5. Sed ut verum esset non tempore agnitionis, sed aditionis incipere fictionem, tamen, si ratio firma, sequeretur, hereditario servo non legato interempto ante aditionem, nec heredi esse actionem L. Aquiliæ ex eadem ratione, quod utique falsum est.

licet tanquam exsistente conditione, præcedentis temporis acquisitionem, quæ adhuc in suspenso erat, in id quoque tempus confirmante. Hoc enim de vi agnitionis ita traditur in *L. servum*, 44. §. 1. *L. si tibi homo*, 86. §. *cum servus. D. de leg.* 1. Ita fit, ut, agnitione secuta, recte dicatur, legatum pro antecedente tempore etiam ignoranti quæsitum fuisse. Interim semper hoc manet, quod posuimus, volentia, eque & scientis agnitionem in hac acquisitione intervenire debere, sine qua in neutrum tempus quidquam acquiratur; ea interveniente, acquiratur in utrumque.

IV. Neque tamen quævis agnitio ad eam acquisitionem statim est utilis. Ut agnitio procedat, duæ sunt in eo cautiones: ut legatum suo tempore agnoscatur, & agnoscatur in eo tantum, quantum jus postulat; ut proinde ad vim agnitionis duo hæc quærenda sint, quando legatum agnosci possit, & quatenus.

V. Ac de priore sic habendum, tunc agnosci legatum utiliter posse, cum acquiri, & ad hos pertinere potest. *L. si ita sit scriptum.* 45. §. 1. *C. de leg.* 2. Quod non ita definitur, quasi diceretur, non posse legatum agnitione acquiri prius, quam jure possit acquiri: idest, non posse legatum acquiri, quod non potest acquiri. Quo quid posset dici stultius, ubi idem per idem explices? Sed hoc dicitur, si prinsquam legatum acquiri potest, agnoscatur a legatario, non modo id tunc acquiri non posse, quod stultum esset monere: sed & agnitionem ipsam in omne tempus esse inutilem, non dico ad hoc, ut tunc acquiratur legatum, quod constat non posse; sed ut ne postea quidem quidquam prosit agnitio ad legatum acquirendum, quamvis legatum postea deferri cœperit. Veluti, si quod sub conditione legatum erat, legatarius pendente conditione agnoverit, ac deinde conditio exstiterit. Hic, inquam: non plus effecerit præcedens agnitio, quam si nulla præcessisset. Ut proinde & ad acquirendum legatum nova agnitione sit opus; & si legatarius, mutata voluntate, velit nunc repudiare legatum, præcedens agnitio, quæ pro nulla habetur, quominus id fiat, non sit impedimento.

VI. Legatum tunc acquiri potest, cum & delatum est ab initio jure, & delatum non est repudiatum.

VII. Delatum intelligitur sive ex testamento, sive ex qua alia suprema voluntate, cum & voluntas jure valuit, & testator mortuus est, & adita ejus hereditas, & legatum relictum est pure; aut in diem quidem, sed qui dies venerit; vel sub conditione, sed quæ exstiterit. Cæterum ex testamento quod non valet, nihil deberi potest. *L. ex testamento. L. eam quam. C. de fideic.* Præterquam si irritum sit ex caussa præteritionis vel exheredationis *auth. ex caussa. C. de lib. præt. vel exher.* de quo diximus capite superiore.

VIII. Sed & suprema quavis voluntate quantumvis justa nihil defertur, ne hereditas quidem, nisi post testatoris mortem. Unde testamentum definitum sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. *L.* 1. *D. qui test. fac. pos.* Et hereditas dicta successio in universum jus defuncti. *L. hereditas. D. de reg. jur.* Ex quo illud, ejus qui vivit, nullam esse hereditatem. *L.* 1. *D. de her. vel act. vend.* Quam ob caussam nec ante legatum fit legatarii, quam cœperit esse hereditas, quod solum contingit mortuo testatore. *L. legatum*, 80. *D. de leg.* 2.

IX. Ne sic quidem satis mortuum esse testatorem, sed & aditam ejus hereditatem esse oportet, ut sit aliquis heres, & testamentum valeat: sine quo alioqui testamentum irritum fit, ex quo etiam nihil potest deberi: excepta caussa præteritionis, vel exheredationis, ut modo dixi. *L. ea quam. C. de fid. auth. ex caussa. C. de lib. præt. vel exh.* Ideo nec ante legatum ad legatarium pertinere placet, quam adita fuerit hereditas. *L. servum*, 44. §. 1. *L. si tibi homo*, 86. §. *cum servus. D. de leg.* 1. *L. omnia.* 32. *D. de leg.* 2. denique quam cœperit esse heres, cui de eo, quod totum ejus foret in hereditate, Detrahatur id, quod in alium conferatur. Quæ legati definitio est in *L. legatum*, 116. *D. de leg.* 1.

X. Sed hæ conditiones, & moræ ad suspendendam legati dilationem, & acquisitionem hactenus ex jure sunt. Illæ ex voluntate testatoris, ubi quid sub conditione, vel ex die certa nobis legatum est. Hic vero (etiam placet nec ante conditionem, vel diem certum legatum ejusmodi repudiari, aut agnosci posse, quod ad nos pertinere non possit. Nempe quia judicio defuncti non ante delatum. Repudiari quidem non posse tantum dicitur in *L. si ita sit*, 45. §. 1. *D. de leg.* 2. sed ita, ut ex eo multo citius agnosci, & acquiri non posse intelligatur. Is enim solus repudiare potest, qui & acquirere. *L. is potest.* 18. *L. is qui heres*, 13. *D. de acq. her.* Itaque postolat omnino hic locus, ut de die, & conditione prius nobis

bis constet, insint ne ista in legato, an noo: & si insunt, utrum dies veoerit, aut conditio exstiterit, necne: ut sive hæc ooo inerunt, sive cum inessent, exstiterint, tum recte ad agnitionem veniatur, alioqui inutilem futuram. Sed, ne hac tractatione injecta, magna fiat eorum, quæ ad agnitionem hanc spectant, interruptio: visum est omnem hanc quæstionem de die, & conditione differre in alind tempus, deque his in petitione legati in commnne dicere, quod pariter ad utrunqne horum agnitiooem legati, dico, & ejus petitionem, recte conferatur, unde sumi possit, quod huc pertineat. Quamobrem ad id, quod reliquum est in recta agnitione jam pergemus.

XI. Esto igitur, fuerit legatum nobis delatum ab initio, dum concurrunt ad eam rem illa, quæ supra dixi: tamen ne sic quidem acquiri potest, si semel delatum repudiatum fuerit. Ut agnitione hereditas acquiritur: ita repudiatiooe amittitur. *d. L. is qui heres.* 13. *D. de acq. her.* Quod multo justius de legato dixerimus, in quo minus est, quod amittitur. Traditur quidam sæpe, postquam legatarius legatum repudiavit, nunquam videri legatum ejus fuisse, sed fuisse heredis. *d. L. servum.* 44. §. 1. *d. L. si tibi homo.* 86. §. *cum servus. D. de leg.* 1. Sed in futurum quæritur, an quod ejus antea non videtur fuisse, nunc post repudiationem possit ejus fieri, & mutata voluntate possit agnoscere, & agnosceodo suum facere. Quod exemplo hereditatis eum posse facere negamus, quia & legatum similiter repudiatione amittatur. Dicitur autem hereditas isto modo amitti ideo, quia, ut ante declaratur, non fuisse heredis, ita & in posterum amplius eam adeundo quærere non potest. *L.* 4. *C. de rep. her.* Quod & in legato repudiato probandum est. Atque hæc res facit, ut, si nihil esset aliud, quamobrem hic de repudiatione legati diceretur, ubi de acquirendo legato agitur, quod fit agnoscendo, non autem repudiando: tamen, vel propter agnitiooem ipsam ideo de repudiatione maxime dici oporteret, quia non aliter intelligeretur, quando legatum possit agnosci utiliter; postquam noo potest acquiri id, quod semel fuerit repudiatum; nec agnosci utiliter potest, nisi quod & acquiri potest.

XII. Jam videamus, quatenus legatum agnoscere liceat. Et in agnoscendo, admittendoque legato hæc conditio legatario defertur, ut si unum legatum, est, totum agnoscat, aut a toto abstineat. Unius autem rei legatæ partem velle, & partem nolle, nulli concessum. *L.* 4. *D. de leg.* 2. Merito: non sane tantum, quia hic inconstantia legatarii aperte se ostendit, quæ per se sola sæpe improbatur; *L. in caussæ.* in princip. *D. de proc.* sed quia ea est inconstantia, quæ in eadem re legata, & in legatario partem rei agooseente non sit tolerabilis. Si diversæ res essent legatæ, posset legatarius babere caussam, cur unam rem admitteret, alteram recusaret. In uoa autem, eademque re cur partem agnoscat, partem repudiet, nullam caussam potest habere. In ea enim re, cur una pars magis placeat, quam altera, nihil est, [3] cum utraque sit ejusdem naturæ, & conditionis, utpote indivisa. Et si babetur hooos io una parte: habetur & in altera. Si in agnita parte nullum est onus, quod legatarium rejiciat, non certe crescet onus alterius partis accessione; cum legatum sine damno obtingat. *L. si hereditatem. D. mand.* Quominus autem sine caussa possit utrumque horum facere, obstat ei & judicium testatoris, & suum ipsius. Testatoris, quia non debet id temere improbare, a quo beneficium accipere cogitat. Improbat autem ex parte, qui partem repudiat. Suum ipsius, quia partem agnoscendo jam ante id judicium in eadem re approbavit; ut jam id judicium probans, & idem improbans, satis se ipse refellat, & tanquam pugnantia loquens, non sit audiendus. *arg. in L.* 2. io fi. princ. *D. quan. app. sit. L. ubi pugnantia. de reg. jur.*

XIII. Sed hoc, inquam, in una re legata jus est. Quod si plura legata erunt, oihil vetat unum agnoscere, & alterum repudiare. *L.* 5. *D. de leg.* 2. Quippe res diversæ ita suot, ut possit esse caussa legatario, cur unam velit habere, alteram nolit, quia conditio unius placeat, alterius displiceat. Ut proinde nihil in hac re temere, nihil adversus judicium testatoris, nihil adversus suum ipsius faciat, quo a superiore potestate excludatur. Una hic exceptio est, nisi unum ex legatis onus habeat, & hoc repellatur. Pone, eum, cui decem, & Stichus legatus est, rogatum servum manumittere, &, agnitis decem, servum repudiare. Placet, perinde babe-

3) Hæc ratio firmior, quam illa Duar. *Lib.* 1. *de Jure accresc. C.* 3. & Cujacii 25. *Obs.* 8. Quia hoc esset, *dicentis*, scindere legatum, & honorem ultra sibi delatum fastidisse superbe. Nec si non fastidio id fiat, sed heredis gratia, tolerari debet, quia heredi alia honestiore ratione, agnito integro legato, gratificari licet.

haberi, quasi servum accepisset, si erit servus ab herede manumissus; ideoque si Falcidia locum habere cœperit, ex decem utriusque legati quartas heredem deducturum. Sententia est *L.* 5. *de leg.* 2. Exceptio ex conjectura voluntatis ducta. Nam cum testator unam rem sine onere legavit, alteram cum onere, apparet, eum commodum unius legati cum alterius onere pensare voluisse; ut nollet unam rem sine alterius onere admitti. Tolle onus; nihil proponitur neque in voluntate testatoris, neque in facto legatarii, quominus ex pluribus legatis relictis, uno admisso, possit legatarius & hoc sibi habere, & alterum repudiare. Inde quæsitum, quando videantur plura legata esse, quando unum, ut de his ex superiore distinctione judicetur. Et veteres ita definiunt, si plures res sint in legato, & hæ nominatim exprimantur, plura legata esse; sin aut appelletur res una, aut plures uno nomine collectivo comprehendantur, unum esse legatum: ut si grex legatus sit, si peculium, supellex, vestis, argentum, instrumentum. Itaque in his priorem partem superioris distinctionis nos sequi, in illis posteriorem. Hæc in *L.* 2. *L. grege.* 6. *D. de leg.* 2.

XIV. Utrumque tamen hactenus, dum meminerimus, utrumque ad legatarium pertinere, cui res una, aut plures ab initio legatæ sunt, de quo huc usque locuti sumus. Cæterum ad heredes legatarii monendi sumus, neutrum pertinere. Et ita res habet: quaovis dixerimus, legatarium pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non posse: heredes tamen ejus possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet. *L. legatarius.* 38. *D. de leg.* 1. Neque id obscuram rationem habet. Nam cum singuli succedant in partem tantum, *L. ea quæ. C. fa. erc.* palam est, eos dum unus partem suam agnoscit, alter suam repudiat, tantum agnoscere singulus, & repudiare, quantum in legato habent. Quod fieri jus superius non prohibet. Nam quod legatarius ipse ejusdem rei partem acquirere, & partem repudiare non potuit, eo fit, quia tota res illi legata fuit; quam cum totam acquirere, aut totam repudiare potuerit, est, quod illi objiciatur, si legatum scindere cogitet ob eas caussas, quas dixi. At, cum heredum singuli nihil amplius, quam partem in legato habeant, aperte nihil est, quod his imputetur, si, uno partem suam agnoscente, alter suam repudiet; cum neque qui suam agnovit, possit alteram agnoscere, quæ ad eum non pertinet; neque qui repudiavit suam, possit alteram repudiare, quæ illi delata non est. Ergo ex persona heredum immutabitur conditio obligationis, dicet aliquis: quod jus vetat. *L.* 2. §. *ex his. D. de verb. obl. L. cui fundus.* 56. *in fi. D. de cond. & dem.* Negahimus ideo immutari. De quo satis respondi in commentariis ad *d. L.* 2. §. *ex his. de verb. obl.*

XV. Superest de effectu agnitionis, quod supra, ut pro re nata, leviter attigeram, nunc cum ad eum locum ventum est, plenius cognoscamus. Agnitionis legati effectus est ipsius legati acquisitio.

XVI. Hæc acquisitio in rebus certis legatis, quæ testatoris fuerunt, duo continet: rei legatæ dominium, & ejus, a quo res legata est, ad eam rem præstandam obligationem. Hinc & actiones duæ diversæ, ex dominio actio in rem adversus omnes rei legatæ possessores etiam extraneos; ex obligatione actio in personam adversus heredem, & heredes heredis. In cæteris rebus legatis, ut certis alienis, & in omnibus incertis, nihil amplius acquiritur, quam actio in personam nata ex obligatione per legatum constituta. Sed de his actionibus dicemus ad extremum, cum agemus de persecutione legati. Nunc redeo ad rei legatæ dominium.

XVII. Et de eo ita jus est, ut postquam legatarius voluit legatum ad se pertinere, si quidem res certa legata est, quæ & testatoris fuerit (nam in aliena nemo plus juris transferre potest, quam ipse habuit. *L. nemo plus. D. de reg. jur.*) Ejus, inquam, rei dominium [4] recta via ab eo, qui legavit, ad legatarium transeat; idque retroversus jam inde ab initio ejus factum intelligatur, ex quo hereditas adita est. *L. legatum.* 80. *D. de leg.* 2. *L. a Titio.* 64. *in fin. D. de furt. L. servum.* 44. §. 1. *L. si tibi.* 86. §. *cum servus. D. de leg.* 1. In quo jus singulare dominii duplex observandum est. Nam primum jure gentium dominia rerum alienarum fere traditionibus acquiruntur. Certe non aliter fere, quam ex possessione. *L. traditionibus. C. de pact. L.* 1. *in pr. de acq. posses.* Hic videmus, legati dominium sine ulla traditione, atque adeo sine ulla possessione ad legatarium transire; similiter ut transit rerum here-

[4]) Si scilicet rerum conditio hoc patiatur. Præsupponenda enim habilitas. Nam non transit si legato res aliena, genus, quantitas, vel duæ, plureve res disjunctim.

hereditariarum ad heredes. *L. cum heredes. D. de acq. poss.* Tum autem quæ dominia nobis facto nostro acquiruntur, ex illo solum tempore nostra fiunt, quo acquiruntur, non retroversus; hic contra. Nempe hæc testatoris mens fuit, ut quod legavit, simul atque jure capi potuit, veniret ad legatarium, nunquam factum heredis. *d. L. legatum.* 80. *de leg.* 2. *L. legatum.* 116. *in pr. de leg.* 1. Hanc voluntatem lex duodecim tabularum ita confirmat, ut jubest jus esse. *L. verbis. D. de verb. sign.* Non mirum igitur, si exinde hæc voluntas servetur, ex quo illa da legati dominio decrevit.

XVIII. Habet vero & hæc pars suas utilitates non parvas. Hoc enim efficit, ut nec illo tempora alius quisquam de re legata statuere potuerit, quam legatarius: puta non alius rem alienare, pignori obligsra, servum legatum manumittere. Ac ne heres quidem; ac si fecerit, nihil legatario noceat. Usque adeo, ut quamvis legato sub conditione relicto (per quod tempus heres adhuc rei legatæ dominus manet. *L. & post.* 12. §. 1. *D. famil. erciscun.*) aliquid eorum, quæ supra scripta sunt, pendente conditione is heres fecerit: si tamen conditio exsistat postea, omne in irritum recidat, atque hoc modo jus integrum in præcedens etiam tempus legatario servetur. Hoc Justinianus in *L. ult.* §. *sed quia.* & deinceps. *C. com. de leg.* Nec abs re. Hoc enim facit exsistens postea conditio, ut legatum, promissumve sub conditione quod erat, pro eo sit, quasi pure legatum, promissumve esset. *L. si pupillus. D. de cond. instit. L. potior. D. qui pot. in pign. hab.* Sed & ille quæsiti retro dominii effectus est, ut quæcumque sunt rerum accessiones, quæ dominis jure dominii acquiruntur, quæcumque item commoda, quæ dominos sequuntur, ut fructus fundi, ancillarum partus, quæ servus legatus stipulatur, aut aliter acquirit: omnia ex tempore aditæ hereditatis legatario quæsita esse intelligantur. *d. L. si tibi.* 86. §. *cum servus. de lega.* 1. Et habet in sa hæc commoda legati acquisitio.

XIX. Quid onera, incommodave, nullane legato sunt adjuncta, ut hæc in hereditatis acquisitione conjuncta esse diximus? Sane sunt, si qua legato injungere testatori visum est. Cui enim suprema voluntate quid datum est, ab eo & relinqui, & idem hactenus mutua præstatione onerari potest. §. 1. *Institut. de singul. reb. per fid. rel.* Quod si nihil ejusmodi legatario a testatore injunctum erit, ut hic de legato solo, ejusque solius potestate quæratur: sciamus, in legato quæsito commodum tantum; onus & incommodum ei adjunctum nullum inesse. Nam illa onera, quæ in hereditate commemorantur, æs alienum defuncti, funeris impensa, servorum manumissiones, legatorum præstationes, onera sunt, & incommoda ejusmodi, quibus lex duodecim tabularum heredes facit obnoxios; legatarium non attingunt. *L. ultim. Cod. de hered. act.* Damnosa certe nunquam legati acquisitio esse potest, ut maxime visum fuerit testatori a legatario quid relinquere. Non enim quisquam legatarius ultra onerari potest, quam ipse ex testamento accaperit. *d.* §. 1. *Inst. de sing. reb. per fid. rel. L.* 1. §. *si is qui. D. ad Treb.* Itaque non abs re in *L. si hereditatem.* 31. *D. mand.* generaliter dictum est, legatum acquisitum nunquam legatario damno esse posse: heraditatem interdum damnosam esse.

XX. Atque hæc de agnitione legati dicta sunt, quæ valeant ad legati delati acquisitionem. Nihil necessa esset cum de hac acquisitione quæritur, etiam de repudiatione legati dicere, nisi repudiatio ad hanc ipsam acquisitionam pertinerat. Nunc autem ita pertinet. Nam & ipsam hanc agnitionem, atque acquisitionem liberam esse per contrarium magis confirmat; & si præcesserit, eam acquisitionem impedit. Quod cum efficiat, utraque da caussa de ea conjunctim cum legati acquisitione quæritur. Ac de ea sic breviter jus est. Cum legatum quod liberalitatis est, nulli acquiratur invito: *L. hoc jure.* §. 1. *D. de don.* liberum est cuique cui quid legatum est, legatum agnoscere, aut repudiare, ea lege, ut quemadmodum qui agnoscit, acquirit; sic qui repudiat, amittat, ne possit amplius legatum agnoscendo acquirere. Verumtamen ne statim repudiationi hoc tribuatur: quæ in agnoscendo legato sunt leges, eædem sunt & in repudiando. Non potest legatum agnosci utiliter, nisi cum & acquiri potest. Nec prius potest repudiari, puta ante diem, aut conditionem. *L. si ita.* 45. §. 1. *D. de leg.* 2. Et generaliter definitum tum in hereditatibus, tum in legatis, eum possa repudiare, qui & acquirere potest. *L. is potest. D. de acq. her.* & pro ratione regula juris traditum, ejus essa nolle, qui potest & velle *L. ejus. D. de reg. jur. L.* 4. *D. de acquir. hered.* Habet autem hæc sententia eam vim, ut si quis ante diem, aut conditionem, ante denique quam lega-

legatum deferretur, legatum repudiaverit, [5] possit suo jure mutata voluntate agnoscere post diem, & generaliter postquam deferri cœperit, quoniam repudiatio prior nihil egerit. Sic & illud, quod de legato pro parte non agnoscendo dictum est, dictum esse apparet, & in commune de legato pro parte non repudiando. Nihil enim interest, utrum dicamus, legatum pro parte acquiri, & pro parte repudiari non posse, ut est in *L. legatarius.* 38. *de leg.* 1. an vero converso modo, legatum pro parte repudiari, & pro parte acquiri non posse. Utraque enim oratione legatum scindi prohibetur.

XXI. Repudiationis vis hæc est, ut quandocumque legatarius legatum non prius agnitum ad se pertinere noluerit, jam a principio res legata videatur fuisse heredis, nunquam legatarii; denique perinde sit, quasi non fuisset legata. *L. servum*, 44. §. 1. *L. si tibi.* 86. §. *cum servus. L. legatarius.* 38. *D. de leg.* 1. Ex quo de commodis, & incommodis repudiationis facile statui potest, sive de herede quæratur, a quo legatum est, sive de legatario, qui repudiavit.

XXII. Quod ad heredem attinet, cum diximus, repudiato legato, perinde esse, quasi legatum nihil esset: nempe hoc sequitur, quod addidimus, retroversus rem legatam semper videri fuisse heredis. *d. L. legatarius.* 38. *d. L. servum.* 44. §. 1. *de leg.* 1. Cui rursum & illud consequens est, ut & accessiones omnes, omniaque commoda rei, quæ dominos sequi solent, jam ab initio heredi cessisse, eique quæsita esse intelligantur. *d. L. si tibi.* 86. §. *cum servus. de leg.* 1. Utrumque tamen ita, nisi in eam rem, quæ ab uno aliquo repudiata est, alius substitutus fuerit, aut conjunctus datus. Tunc enim legatum apud heredem, a quo relictum erat, non manet, sed aut substituto defertur, aut conjuncto, qui suam partem agnoverat, pars repudiata acquiritur. *L. unica.* §. *in primo.* §. *sin autem aliquid. C. de cad. tol.*

XXIII. Sed & quod de herede hic dictum est, legatum repudiatum apud eum manere, ex jure vetere dictum est, quo tum veteres utebantur, quo jure scilicet non poterat nisi ab herede legari; non poterat a legatario. *Institut. de sing. reb. per fid. rel.* Semper autem cum potuerit, & nunc possit a legatario relinqui fideicommissum, ut traditur *eod. titul. de sing. reb. per fid. rel.* intelligemus, quod initio monui, hodie etiam legatum a legatario recte relinqui, postquam legata ita sunt exæquata a Justiniano, ut ad juris rationem nihil intersit, legati, an fideicommissi verbis quid relinquas. *L.* 2. *C. comm. de leg.* Post quam constitutionem non jam in heredis persona consistemus, ut dicamus, repudiato legato, rem legatam apud heredem manere, & retroversus semper ejus fuisse videri: sed generaliter definiemus, a quocumque legatum, aut fideicommissum relictum sit, sive is heres est, sive legatarius: repudiante, & deficiente eo, cui legatum est, semper legatum manere apud eum, a quo relictum erat, ut si quidem relictum sit ab herede, maneat apud heredem, & huic tribuantur ea, quæ modo diximus. Sin autem relictum sit a legatario, aut fideicommissario, repudiatum non redeat ad heredem, a quo primum profectum erat, sed maneat apud hos ipsos, deque his jam ea dicantur de incommodis rei legatæ, quæ heredi ante tribuimus. Hoc de fideicommisso, quod a legatario, aut fideicommissario relictum sit, traditum legimus in *L. si quis Titio.* 17. *L. Julianus.* 60. *D. de leg.* 2. Hoc idem igitur & de legato ab his relicto dictum putemus.

XXIV. Quod attinet ad legatarium, qui repudiavit, est, ubi repudiatio ei quoque prosit; est etiam, ubi noceat. Prodest ad eas res retinendas, quas, legato agnito, amissurus esset. Ut, legatum est alicui prædium, quod prædio ejus debebat servitutem. Si legatum ad se pertinere vult, fit utriusque prædii dominus. Quo facto, confusione tollitur, & amittitur servitus. *L. si quis ædes.* 30. *D. de ser. urb.* Item, legatus est alicui servus, cujus nomine furti agere potuit legatarius. Si is legatum admittit, fit dominus servi. Quo casu noxalis actio, quæ prius ei competebat, intercidit, deducta in eum casum, a quo incipere non potuit. Non enim potest inter dominum, & eum, qui in ejus potestate est, ulla obligatio nasci. §. *si servus. Inst. de nox. act.* Propone in utraque specie legatarium legatum repudiare. Quasi legatum nunquam ejus fuerit, quod repudiatio ei præstat; ita superiores res salvas, integrasque retinebit. *L. legatarius.* 38. §. 1. *de leg.* 1. Contra hactenus nocet repudiatio, ut si forte legatarius,

5) Objic. At pacisci de legato sub conditione, & sic nondum delato, licet, *L.* 21. §. 4. *de pact.* Resp. At repudiari nequit. Repudiantur tantum delata, paciscimur autem etiam de iis, quæ spes est debito iri. Cujac. & Hot. *ad d. L.* 21. §. 4. Briss. *Lib.* 3. *de Solut. p. mihi* 435.

rius, qui repudiavit, mutata voluntate, velit ad legatum redire, non possit, sed legatum in totum repudiatione amiserit. Nam & repudiatione amittitur hereditas. *L. is qui heres.* 13. *de acquir. her.* Non est, cur putemus, in legato aliam vim esse repudiationis. Nec certius hujus rei argumentum esse potest, quam quod dicitur, si legatarius legatum repudiaverit, pro eo esse, quasi nec legatum quidem sit. *d. L. legatarius.* §. 1. Sane si quod mihi legatum est, idem legatum sit servo meo, aut filio meo, quem in potestate habeo, idque in filii mei contemplatione, ut mihi legatum ex ejus persona acquiri possit: nihil prohibet, quominus legato, quod mihi datum erat, repudiato, velim idem ex persona servi, aut filii ad me pertinere, idque possim vindicare. *L. si mihi pure.* 59. *D. de leg.* 2. Et contra, quominus legato, quod servo, aut filio datum erat, repudiato, ipse postea ex mea persona idem vindicem. *L. si servo,* 101. *D. de leg.* 1.

CAP. XIX.

Legati jure quæsiti exsecutio, & præstatio quibus rebus contineatur. Ac primum quid sit in legato, ut sit constitutum, quod hic præstetur, & peti possit.

Rerum nexus, & partitio. I.

In legato non res legata tantum esse intelligitur, sed & jus, quod in hac ipsa testator transferri voluit. II.

Neque illud, neque hoc semper certum. III.

Rerum legatarum incertitudo nascitur tum ex verbis, tum ex mente, & voluntate testatoris. IV.

Ex verbis eum res his designatæ aut universim legantur, aut singulæ. V.

Universim, *eum vel pars hereditatis, vel bonorum legatur.* VI.

Si cui pars hereditatis legata est, neque pretia manumissorum, neque funeris impensæ deducuntur. VII.

Contra parte bonorum ita legata, bonorum meorum, quæ sunt, cum moriar, *dos, & manumissorum pretia deducenda sunt.* VIII.

In hoc legato si res sine damno dividi possint, electio datur heredi, utrum rerum partes, an æstimationem præstare malit. Sin res vel naturaliter indivisæ, vel sine damno dividi nequeant, æstimatio omnimodo præstanda. IX.

Hujusmodi legatum, nisi mora intercesserit heredis, sine fructibus restituitur. X.

Cur in hoc legato non idem quod in legato portionis hereditatis dicatur. XI.

Ex singulis rebus legatis eadem sæpe incertitudo. Hæ aut corporales, aut incorporales. Utræque definiuntur, & incorporalium tria fere esse genera, quæ legari soleant, & quæ sint; quidve harum legatis contineatur, ubi tractetur. XII.

In corporalibus, si una tantum res suo nomine, vel aliter designata, aut plures nominatim appellatæ legentur, nulla dubitatio. Sin plures conjunctim verbo communi, aut collectivo, aut plurali, harum significatio non ita obvia; & unde explicatio petenda. XIII.

Voluntas testatoris incertitudinem parit trium harum caussarum in aliqua: vel quia res generaliter legata est, vel quia plures disjunctim, vel quia una ex pluribus. XIV.

Re una generaliter legata, si corpora generi subjecta sint uniusmodi, ut homo, equus, legatum valet; sin non uniusmodi, sed diversarum specierum forma distantium, ut animal, domus, fundus, inutile. XV.

Nisi testator ipse habuerit ædes, aut fundos. XVI.

Uti legatum generis utile, electio regulariter est legatarii. XVII.

Nisi testator nullas res ex eo genere habuit; tunc enim electio est heredis. XVIII.

Item est legatarii in legato generis, cujus res non figura tantum, & bonitate, ut homo, bos ab homine, bove, sed specie differunt. XIX.

Quatenus ei detur. XX.

Si plures species disjunctim legatæ, ejus est electio. XXI.

Contra heredis si species, & quantitas disjunctim legetur. XXII.

Item si plures summæ disjunctim. XXIII.

Item

Item si testator dixerit, decem, aut viginti heres dato. XXIV.

Cur in pluribus summis disjunctim relictis non similiter, ut in pluribus rebus eodem modo relictis electio datur legatario. XXV.

Si ex pluribus rebus nominatis una legetur, electio est legatarii. Quid, si quis duos Stichos, aut fundos Cornelianos habens leget non unum ex duobus Stichis, sed Stichum simpliciter, aut fundum Cornelianum simpliciter. XXVI.

Si generaliter res legata est, eam oportet perfecte facere accipientis, ut ne avocari possit; sin certa species legata sufficit talem dare, qualis est. XXVII.

Hoc ita, si species testatoris fuit. Sin aliena, eam heres debet redimere; & si non potest, ejus æstimationem præstare. XXVIII.

Res pignori obligata, ab herede luenda, si sciens testator pignori obligatam, legavit. Secus si ignoravit. XXIX.

Nisi æque, & si scisset, legaturus fuisset. XXX.

Item nisi aliquid superfluum futurum, ex soluto ære alieno. XXXI.

Quo modo res a pignore liberetur si testator onus liberandi ad heredes pertinere voluerit. XXXII. XXXIII.

I. Legato jure quæsito, quod ut contingat, in legati justa constitutione, & constituti justa agnitione positum esse diximus, & simul quibus rebus utrumque constaret, hucusque ostendimus: restabit legati executio; quæ in eo est, ut legatum uti relictum est, ita præstetur; ni præstetur, ut sint eo nomine cui oportet, & adversus quos oportet, idoneæ actiones. De qua parte deinceps nobis cognoscendum est. Ac prima illa quæstio hic occurrit de legato, quale sit, seu quid habeat in se, quod legatario tribuat, ut tale, & eo modo a quibus oportet, tum præstari debeat, tum peti possit. Quæstio posita in his rebus tanquam hujus præstationis partibus, ut quæratur primum de re, quæ præstanda sit, tum de circumstantiis hujus præstationis. De re, quid sit in legato, & quantum. De circumstantiis præstationis, ut quæratur, id quod constitarit legatum esse, Cui, A quo, Quando, ubi sit præstandum. Efficianturque in summa hæ res, quibus constet hæc præstatio, Species rei legatæ; Quantitas relicti; Personæ, inter quas præstatio consistit; Tempus præstandi; & præstandi locus. De quibus & ipsis dicemus eodem ordine. Ac primum videamus, quid sit in legato. Id enim est, quod præstandum est ex caussa legati, & fideicommissi, si quid legato, aut fideicommisso continetur, nec quicquam præstandum amplius. *L. uxorem.* 41. §. *sorori. D. de leg.* 3.

II. Id in legato est, seu legato continetur, quod testator præstari voluit. Quod si semper ex verbis certum esset, aut omnino tolleratur hic quæstio, aut maxime posita esset omnis in interpretatione. Nunc autem aliter hic se habet rei incertitudo. Id ex eo accidit, quod legato continentur & res legatæ, & jus quod testator in his ipsis rebus transferri vult.

III. Jam vero neque res semper certæ sunt, quæ legantur, neque, his inventis, semper certum, quantum juris in his transferri debeat. Hæc sunt igitur, de quibus hic quæritur, atque hoc agitur, ut oratione certa fiant. Quæ nobis explicanda sunt.

IV. Rerum legatarum incertitudo talis est. Nam aut designantur legato res una, vel plures, quæ simul omnes legentur; aut legatur una aliqua ex pluribus, nec adjicitur, quæ. Illic verba rem pronunciatione certam exprimunt: hic incertam animo subjiciunt. Reliquunt enim incertum, quænam præstanda sit ex omnibus. In priore genere si qua dubitatio est, ea ex verborum significatione oritur. Ideo hic de ea significatione quæritur. In posteriore, in quo quid senserit testator, ne verbis quidem significatur, necesse est voluntatem ejus ratione, & conjectura exquiri.

V. Res designatæ verbis aut universim legantur, aut singulæ.

VI. Universim ut legentur, duabus his in caussis receptum est, si [1] pars hereditatis legetur, aut si pars bonorum. *L. mulier.* 22. §. *ult. D. ad Trebell. L. si quis bonorum* 23. *de leg.* 1. De quibus legatis quæri solet, quid his contineatur. Non dubium vero est, quin contineatur id, quod verba demonstrant, nisi sicubi voluntas refragetur. Secundum quam significationem de utraque specie reperiemus constitutum esse a veteribus.

VII. Et de parte hereditatis legata ita scriptum est in *L.* 8. §. *ult. D. de leg.* 2. si cui certam partem hereditatis legavero, Di-

1) Et hoc est legatum Partitionis, de quo vid. not. supra C. 11. N. 18.

Divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum, neque funeris impensa deduceretur. Dictum ex significatione verbi hereditas. Hoc enim indicatur superioribus verbis, partem hereditatis legatam præstari legatario, cum onere istarum rerum, nempe curandi funeris pro ea parte, & servorum pro ea parte manumittendorum. Ideo enim heres funeris impensam non deducit, quia ipse eam non sustinet pro ea parte, quam restituit, sed sustinet legatarius. Non deducit pretia servorum manumissorum, quia pro ea parte, quam restituit, servos non manumittit, sed legatarius, cui servi pro portione partis legatæ traduntur, ut manumittat ipse, qui eorum dominus factus est, & manumittendo fiat eorum patronus. Pro sua vero parte heres ista non deducit, quia ipse pro ea parte maxime heres, earum rerum onera suo nomine agnoscere cogitur. Hæc omnia, inquam, ex significatione verbi. Legatur enim pars hereditatis. Hereditati autem commoda, & incommoda sunt adjuncta, ut quisquis hereditatis partem obtinet, eum cum commodis etiam incommoda hereditaria, quatenus per jus licet, sequantur. *L.* 1. 2. 3. *D. de bo. pos.* Porro in oneribus hereditariis sunt superiora duo, funeris impensa, & servorum ad libertatem vocatorum manumissiones. Quod dixi non simpliciter incommoda hereditaria pro portione sequi eum, qui partem hereditatis obtinet, sed adjeci, quatenus per jus licet: adjeci propter æs alienum hereditarium: cui solvendo soli obnoxii sunt, & soli creditoribus hereditariis eo nomine tenentur heredes; legatarii non tenentur. *L.* 2. *L. ult. C. de her. act.* Quæ res facit, ut nec in proposito eum, cui portio hereditatis legata est, etiam ea restituta, sequatur onus æris alieni, nec cogatur is respondere creditoribus hereditariis. Hic enim non est heres, sed ut in re legata legatarius. Unde si idem rogatus fuerit hanc partem restituere, placet, eum beneficio senatusconsulti ad quartam retinendam uti non posse; quia id beneficium solum propositum sit heredibus, non etiam legatariis, hæc in *d. L. mulier.* 22. §. *ult. D. ad Trebel.* Hæc caussa est scilicet, cur in rescripto Hadriani, quod supra retulimus ex *L.* 8. §. *ultim. de leg.* 2. cum de his, quæ in partis hereditatis restitutione deducenda sunt agitur, solum nominantur hæc duo, pretia manumissorum, & funeris impensa, quæ jubeantur non deduci: omissa æris alieni mentione. Ideo enim consulto hæc omissa est, ut intelligamus sola illa duo deduci non posse; æs alienum posse. Et cur, hoc deducto, fit portionis hereditatis restitutio potius, quam deductis superioribus illis duobus? Nempe quia solus heres ut dixi, huic æri alieno solvendo obnoxius est, ut creditoribus hereditatis respondere cogatur. Quod onus non est æquum eum solum ferre, cum legatarius etiam obtineat partem hereditatis, cui hoc onus est adjunctum. Ergo deducit heres ante omnia æs alienum, ut id de tota hereditate exsolvat, non autem cogatur id de ea parte, quæ apud eum reliqua futura est, solidum dependere.

VIII. De legato partis bonorum dissimilis interpretatio, quæ exstat in *L.* 9. *seq. de leg.* 2. his verbis: *cum autem pars bonorum ita legatur, bonorum meorum, quæ sunt, cum moriar: dos, & manumissorum pretia deducenda sunt.* Explicatio legati contraria, ex eadem illa significatione verborum ducta est. Bona enim cujusque in usu juris intelliguntur ea, quæ, deducto ære alieno, supersunt. *L. subsignatum.* §. *bona. D. de verbor. signif. L. mulier. D. de jur. dot.* [a] Et in ære alieno, cum generaliter loqui volumus, continentur dos debita, & pretia servorum manumissorum; quia eorum libertas debita fuit, quæ tunc tanquam æs alienum præstatur, cum ex ea obligatione servi manumittuntur.

IX. Illud de hoc legato quæsitum est, utrum hinc rerum partes, an æstimatio debeatur. Et alio vocare hic videntur verba, alio sententia testatoris. Unde discrepantes olim Sabinianorum, & Proculianorum de hac re sententiæ. Sabinus, & Cassius æstimationem; Proculus, & Nerva rerum partes esse legatas existimabant, ut refertur in *L. non amplius.* 26. §. *ultim. de leg.* 1. nempe hi verba secuti: quoniam res ipsæ, quarum nomine ad retinendum exceptionem, ad persequendum actionem habemus, omnes sunt in bonis. *L. rem in bonis. D. de acquirendo rerum domin.*

illi

a) In effectu quidem res eodem redire videtur, sive deducatur æs alienum, ubi tanto minus ex legato percipit legatarius; sive non deducatur, ubi pro ea parte creditoribus respondere cogitur legatarius. Non tamen inde sequitur ad solum sonum verborum respicere hoc discrimen, ut vult A. Fab. 18. *Conject.* 18. Hoc enim interest, quod facta deductione, molestiæ præstandi, & exsolvendi debita solus heres subjicitur. Idem Faber *d. C.* 18. *pag.* 225. contendit, non esse hac in re differentiam inter hereditatem, & bona, sed inter legatum partis hereditatis, & partis bonorum, *quæ testatoris erunt mortis tempore*, de quo loquitur *d. L.* 9. Sed *d. L.* 26. §. *ult.* loquitur de parte bonorum simpliciter legata, nec facile tamen idem in parte hereditatis dicendum videtur.

illi sententiam, & voluntatem testatoris: quam esse hanc judicarunt, ut ne heres cogeretur dividere res invitus, & its invitus incidere cum legatario in communionem: quod leges adversantur. *L. si non sortem. §. si centum. D. de cond. ind.* & ne fiat, cavere putantur testatores, quibus curæ est prospicere discordiis propinquorum, & amicorum sedandis, quas materia communionis solet excitare, ut eleganter dictum est a Papiniano. *L. cum pater.* 77. §. *dulcissimis. D. de leg.* 11. Quæ & sententia recepta est; cum hac distinctione tamen, quæ traditur in *d. L. non amplius.* 26. §. *ultim. de leg.* 1. Ut si vel res naturaliter indivisæ sint, vel sine damno earum divisio fieri non possit, æstimatio omnimodo ab herede præstetur. Sin res sine damno dividi possint, eligat heres, utrum rerum partes dare malit, quod ex verbis licet, an vero æstimationem, ne invitus in communionem incidat.

X. Quo recepto, consequens fuit, quod de fructibus rerum in hoc legato traditur in *L. si quis bonorum.* 23. *de leg.* 1. si quis scilicet bonorum partem legaverit, legatum sine fructibus restitui, nisi mora intercesserit heredis. Consequens ideo, quia hic rerum æstimatio, non res, ex quibus sunt fructus, veniunt in legatum. Quod si res venirent, utique & res ipsæ pro parte legata fierent legatarii ex tempore aditæ hereditatis, postquam legatum agnovisset: & una cum rebus etiam accessiones rerum, ut fructus, ex eodem illo tempore ei tanquam domino cederent, ut superiore capite diximus. *L. servum.* 44. §. 1. *L. si tibi homo.* 86. §. *cum servus. D. de leg.* 1. Si tamen mora intervenerit heredis, incipinnt quodammodo res in obligationa versari, quasi legata essat rerum æstimatio; & si heres æstimationem non dedisset, res daret. Sicuti cum testator legat penum; & si heres penum non dederit, jubet cum dare decem. In qua specie placet, penum in præstatione esse: quod si mora in ea præstanda facta sit, tunc quantitatem incipere esse in obligatione, & peti posse. *L. 1. D. de pen. leg. L. 1. §. item si ita. D. ad leg. Falci.*

XI. Enimvero cur in legato partis bonorum non idem dicimus, quod tunc, cum legatur portio hereditatis: cum bona significent hereditatem? Ut aic accipi scimus, cum nominamus bonorum possessionem: *L. 3. D. de bon. poss.* item cum rogatur heres bona restituera. *L. nam quod.* 14. *in fi. D. ad Treb.* Hoc eo fit, quia est interdum, cum ex sententia loquentis verbum *bonorum* hereditatem significet, quod in superioribus duabus caussis accidit. Cæterum proprietate, atque usu communi verbi non significat. Quam significationem in aliis caussis retinemus. Id autem fit hoc modo. Qui de universo patrimonio alicujus per successionem relinquendo agit, & id patrimonium bona appellat: aperte *bonorum* verbo hereditatem intelligit. Apparet enim, eum de universi juris successione sentire. Ea autem successio est hereditas. *L. hereditas. D. de reg. jur.* Atqui id fit in bonorum possessione edicto prætoris deferenda. Nam & ipsa universi juris successio est. *d. L. 3. de bonor. poss.* Fit & tunc, cum testator de bonis suis restituendis heredem rogat. Sic enim & de universi juris successione rogare intelligitur, cum ex bonis nihil excipiat. At ubi aut non nominantur universa bona, ut cum legatur portio bonorum; aut nominantur quidem universa, & transferuntur, sed cedontur inter vivos, non ex successiona relinquuntur: ibi cum nihil sit, quod nos cogat ex sententia loquentis a proprietate, & significatione verbi usitata recedere, eam per omnia sequimur, ut præcipitur faciendum esse in *L. non aliter.* 69. *D. de leg.* 3. Eam autem esse diximus, ut intelligantur bona, non quæ adjuncta onera habeant, sed quæ, his deductis, supersint. *L. mulier.* 22. §. *ult. D. ad Treb. L. mulier.* 72. *de jur. dot.*

XII. Res singulæ, quæ verbis certæ designentur, ut sint in legato, aut corporales sunt, aut incorporales. Corporales, quæ cerni, & tangi possunt: ut Stichus, fundus Cornelianus, & aliæ innumeræ. Incorporales, quæ tangi non possunt. Ex quibus tria hæc fere genera sunt, quæ legari soleant; servitutes, actio, seu nomen debitoris, & liberatio. Hinc tractatum, quid his legatis contineatur legato. Quod in [3] servitutibus personarum, usu, usufructo, habitatione, operis, explicatur proprio titulo, [4] *de usu, de usufr. leg. D.* in servitutibus prædiorum proprio etiam titulo, *de servitute legata. D.* Actione, seu nomine debitoris alii legato, & quod idem est, chirographo, vel tabulis debiti alicui legatis, quid legato contineatur, declaratur

3) Vid. *infr. Lib.* 10 *C.* 5. *ibique notata.*

4) Vid. *infr. Lib.* 11. *C.* 10. *ibique notata.*

tur in [5] *L. nomen.* 34. *L. qui chirographum.* 59. *D. de leg.* 3. De liberatione legata agitur proprio titulo D. cujus hæc ipsa inscriptio est. *de liber. leg.* Quid autem eo legato contineatur, peculiariter traditur, & ex professo in [6] *L.* 3. §. *nunc de effectu. D. eod.* §. *si quis debitori. Instit. de leg. L. si creditoris. C. de fideic.*

XIII. Res corporales singulæ sive hæ præsentes sint, sive futuræ, puta fructus, qui ex illo fundo nascentur, ut verbis certæ demonstrentur, atque hac demonstratione legentur, fit hoc modo, si aut legetur una tantum, quæ appelletur suo nomine, vel qua alia demonstratione indicetur; aut legentur plures quidem, sed simul omnes, & conjunctim. Una legata, quæ verbis indicata sit, quid sit in legato, dubitari non solet. Ne tunc quidem, cum plures legatæ sunt conjunctim, & species nominatim appellatæ, ut Stichum, & Pamphilum heres meus Titio dato. At sæpe legantur plures conjunctim verbo communi, puta aut collectivo, aut plurali, ut de significatione verbi dubitetur, quæ res eo verbo contineantur, & intelligantur legatæ. Collectivo, ut cum legatur uxori Dos, cum legatur Triticum, Vinum, Oleum, Instrumentum fundi, Peculium, Penus, Supellex, Aurum, Argentum, Mundus, Lignum, Materia, Lana, Linum, Purpura, Vestis, Armentum, Chorus, Familia. Verbo plurali, ut cum legantur Alimenta, Cibaria, Vestimenta, Nummi, Chartæ, Pecora vel pecudes, Jumenta, Agni, Oves, Servi, Mulieres, Ea quæ ibi habeo, seu quæ ibi sunt, Quæ uxoris meæ caussa parata sunt. Quarum rerum legata cum infrequenti usu essent apud Romanos, nec cuique significatio singulorum esset obvia: sedulo veterum prudentium opera in his explicandis versata est; quam explicationem ex suis locis, qui in Pandectas relati sunt, petere licebit. Nimis enim longum esset hic omnia persequi, & cum loci in manu sint, fortasse supervacuum. Tantum locos ipsos, qui huc pertinent, indicare sufficiet. Sunt autem ex capitibus legum hæc fere, quæ extant sub [7] *Tit. de leg.* 3. *L. si fundus.* 44. & quæ sequuntur deinceps usque ad *L.*

re con-

5) *L.* 44. §. 6. *de leg.* 1. de quo, & an nominibus legatis, omnes actiones veniant, etiam quæ ex delicto, vid. Gud. *ad. L.* 6. *pr. de V. S.* n. 18. *& seqq.* Et legato chirographo, intelligitur, debitum legatum *d. L.* 44. §. 5. *de leg.* 1. *L.* 88. §. 8. *de leg.* 2. *L.* 59. *de leg.* 3. argumento venditionis, ait Ulp. *d.* §. 5. non quod arguere semper a contractibus ad ultimam voluntatem liceat, quod vulgo inde alii iunt: sed quia chirographum ipsas actiones significat *d. L.* 59. & ex communi usu, & mente testantis. Quis enim alias futurus tabularum esus? Vid. Ant. Massa Gales. *Lib.* 2. *de Exerc. Jurisperit.* n. 48.

6) De quo vid. *Infr. Lib.* 18. *C.* 22. *& ibi notata.*

7) In quibus tamen non pauca obscura, nec omnium intellectio ita obvia. Libet hic pauca ex iis seligere, & leviter attingere. In *L.* 49. *pr. de leg.* 3. quæ Goth. de sellis, & lecticis adnotat, desumpta sunt ex Briss. 1. *Antiq.* 4. ad de Duaren. *ad L.* 8. §. 2. *de leg.* 1. Lips. 1. *Elector.* 19. De comatis mulieribus, vid. Rævard. 2. *Conject.* 18. ex quo patefiet, nulla necessitate Cujac. 11. *Obs.* 18. pro *quas sibi comatas, reponere quis sibi comas.* Ad *L.* 52. §. 1. *eod.* vid. Hotom. 4. *Obs.* 1. *sub finem.* Ligna cocta in *L.* 55. §. 7. sunt macerata amurca, de quibus Plin. *Lib* 15. *Cap.* 8. Rævar. 2. *Conject.* 13. In *L.* 58. Cujac. 12. *Observ.* 8. Haloandr. lectionem *parata esset* præfert Florentinæ, quia per *sunt*, indicaretur tempus testamenti conditi: verbum *essent* vero referetur ad mortis tempus. Dicitur ibidem vivus comparasse. Sentio enim & alias post mortem ejus, licet missas antequam moreretur, ad eumdem *L.* 2. *L.* 4. *de auro & argent. leg.* In *L.* 65. §. 1. non est quod verba extrema ad §. *sequent.* transferamus, ac §. 2. finiamus ibi, *e contrario*, cum teneat Zoan. *Restit. ad Pand. C.* 7. Nam ei §. nihil minus quam ut conveniant. Lecticarium igitur interpretare non bajulum, qui lecticam portat, ut in *L.* 49. *pr. hoc tit. de leg.* 3. *& L.* 8. §. *ul. de leg.* 1. ubi Duaren. & Lip. *d. C.* 19. Sed qui lecticas conficit, qui inter artifices numeretur *L.* 1. *Cod. de excus. artif. lib.* 10. *Tit.* 64. In *L.* 70. *pr.* lana legata non venit quæ tincta est. Contra. *L.* 32. §. 6. *de auro & arg. leg.* Ræv. 3. *Conject.* 13. dissensionem agnoscit, sed Pac. 6. *Quæst.* 25. Resp. illic lanam simpliciter legatam, hic omnem. In *d. L.* 70. §. 3. per *telam*, intelligit Govean. 2. *Var. Lect.* 9. instrumentum textorium. Quod displicet Rev. 3. *Conject.* 18. accipienti ipsam detextionem. Dicitur enim telas texere, & detexere, &c. In *d. L.* 70. §. 12. Hotom. 4. *Obs.* 7. & P. Fab. 3. *Semestr.* 24. *pag.* 392. invertendo legunt, *lanam appellatione versicolorium non contineri.* Sed tunc constat sensus receptæ lectioni, neque contextus, & series seqq. repugnat, hoc modo. Sicuti lanam legans versicoloris, & tincta legans non creditur *d. L.* 70. *pr.* ita versicoloribus legatis, lana non tincta non continetur. Prius constabat inter omnes, posterius dicit Ulp. *se arbitrari.* Quæ verba, *& ego arbitror*, omnino convellunt correctionem Hot. & Fabri. Quid enim diceret, se ita opinari JC. de eo, de quo paulo ante apud veteres constitisse dixisset. In *d. L.* 70. §. *ult.* habetur, lanam purpuræ destinatam appellatione purpuræ non venire. Cui nihil obstat *L.* 26. §. *ult. de acq. do.* Nam recte Gifan. *ad d. L.* 26. n. 10. aliud esse in acquisitione. Rationem differentiæ in eo, quod in legatis spectetur communis usus verborum. In effectione autem speciei quiddam essentiale immutatum In *L.* 79. §. 1. nomine mobilium non veniunt nummi mutuo, vel fœnori destinati, veniunt prædii causa repositi. Ratio differentiæ mihi videtur, quia in repositis præsidii causa, spectamus corpora nummorum, cum non habeantur ad eum usum, qui verus est pecuniæ. In aliis autem spectemus quantitatem, & valorem. Et hi igitur non sunt mobiles, quia nec res corporales, sed incorporales, per *L.* 44. §. 2. *de solut. & simil.* De proverbio. Pecuniam sine peculio fragilem esse vid. Erasm. *Chil.* 4. *Cent.* 6. *Adag.* 2. Ræv. 5. *Var.* 17. & 3. *Conject.* 6. P. Perrenon. 2. *Animadv. & Lect.* 28. & quomodo parulium ibi vocetur pecunia patrisfamilias Gud. *in L.* 182. *de V. S.* n. 3. In *L.* 84. nolim dicere cum Hotom. 9. *Obs.* 7. & 2. *Amicab.* 28. verba *extra urbem*, esse subdititia, & pro *horreis*, reponendum *hortis*, quia scilicet horrea fuerint in urbe *L.* 1. *L.* 4. *C. Locati.* Quæ enim consequentia: fuerant in urbe. Ergo nulla extra urbem? Ideo vero ponit JC. horreis extra urbem res repositas, ut species haberet dubii. Ratio autem decidendi in *L.* 2. *pr. de V. S.* Vid. de horreis veterum varia Briss. 4. *Antiq.* 18. & quæ ex eo, non laudato, exscripsit Goth. *ad L.* 7. *de instr. leg.* In *L.* 93. §. 4. dicitur, præter alia, fundo legato, dolia defossa peti non posse. Contra in *L.* 23. *de instr. leg.* fundo sine instrumento legato dolia inædificata contineri. Resp. Recte inædificata. Non quævis igitur dolia *d. L.* 43. §. 4. sed ita cohærentia, ut sine ruina ædificii avelli nequeant. *L.* 26. *pr. de inst. leg.* Cujac. *ad* 206. *de V. Sig.* Ant. de Padilla *ad L.* 2. *de leg.* 2. n. 4. & 5. De doliis veterum fictilibus, iisque capacissimis, quæ in terram defodiebant vid. Guido Pancirol. *Lib.* 1. *Rer. memorab. C.* 24. *& ibid.* Henr. Salmuth. *in notis* De libellis familiæ, & cibariis ad *L.* 99. *pr.* vid. Marc. Lyclama 2. *Membr. ecloga* 16. Hæc ex Titulo de leg. 3. delibavimus

quæ

re conjuncti. 89. Ex titulis antem ad eam interpretationem collatis, sunt hi, *De usu, & usuf. leg. De servitute legata, de dote prælegata*, & qui sequuntur usque ad Titulum *de adimendis legatis.*

XIV. Venio ad alterum illud genus legati, in quo quid legatum sit, incertum est, & ita incertum, ut ne ex ipsa quidem pronuntiatione intelligatur, quamvis maxime nota sit verborum significatio. In quo dixi voluntatem testatoris ratione, & conjectura exquiri. Et quæsita est primo hæc voluntas diligenter a prudentibus. Tandem eorum responsis, & explicatione res eo deducta, ut certam interpretationem acciperet, quæ deinde in jus relata est. De quo breviter nunc dicemus. Nascitur autem hæc incertitudo ex harum caussarum trium aliqua; vel quia res una generaliter legata est, vel quia res plures legatæ disjunctim; vel quia tribus, aut pluribus appellatis una est ex illis legata.

XV. Res generaliter legata dicitur, cum sub appellatione generis res una aliqua legatur, quæ sit ex eo genere: veluti Titio hominem, equum, fundum do lego. Hic unum hominem, unum equum, unum fundum legari constat. Sed legatur unus, qui sit ex eodem genere. Hic varo qui sit, non exprimitur, nec ex verbis intelligitur. Quid ergo dicemus? Et prima hic quæstio est, an legatum valeat, ubi non intelligatur, quid legatum sit: cum ita traditum sit, quæ in testamento ita scripta sunt, ut non intelligatur, quid significarent, ea perinde esse, quasi scripta non essent. *L. 2. D. de his quæ pro non scrip. hab.* Sed ea definitio ad legatum generis non pertinet, ubi ex pronuntiatione satis intelligitur, quod genus legatum sit, etsi de specie, quæ ex eo genere præstanda sit, non liquet. Verumtamen & id legatum interdum non valere placet; non quia incertum, sed quia ita incertum, ut, herede ei satisfaciente, legatum legatario sit inn-

quædam ex seqq. Titulis. In *L. 1. de trit. vino &c. leg.* vino legato continetur acetum vini numero habitum. Contra in *L. 3. pr. eod.* Resp. Discrimen non constituo in eo an testator acetum reliquerit nec ne; sed an vinum indefinite relictum ut *d. L. 1.* ubi sic scripitur legati sustinendi caussa, quod elias inutile esset, & deriuorum, cum res fungibiles sine adjectione ponderis, numeri, mensuræque ad nihilum redigantur *L. 94. de V. O.* Posset enim guttula unica præstari, non definita certa quantitate *d. L. 3. pr.* ubi purum omnino vinum præstandum, quia legatum certum, ac utile, etsi testator nihil de vino reliquerit *L. 7. h. t.* & argeorum, quæ in domo fundo, &c. legato constitute sunt. Ad *L. 5. d. t.* notendum, relicto legato rerum nasciturarum, si deinde minus nascatur, tantum esse in legato quantum natum, non amplius *d. L. 5.* scilicet si semel legatum, neo contraria voluntas præsumatur ex persone legatarii *L. 26. Quand. di. leg.* Quod si in annos plures legatum, quod uno anno minus natum, ex reditu seqq. annorum suppletur *L. 18. de trit. leg. L. 17. §. 2. de ann. leg. L. 12. de alim. leg. Pac. S. Q. 34.* De taxationis verbo in *d. L. 5.* vid. Cujac. 1. *Obs.* 12. Ad *L. 6. & L. pen. d. t.* Cujac. *ad L. 206. de V. S.* Sensum *d. L. 6.* hunc putat. Si vinum simpliciter legatum, deberi amphorarium cum cadis, quia ea vino sunt accessionis loco *L. 3. §. 1. d. t.* Doliare autem deberi sine vasis, non tantum si vinum simpliciter legatum, sed etiamsi cum vasis, quia non promitur usus causa ex doliis, sicuti ex amphoris. Sententiam vero *d. L. pen.* hanc esse: Vino cum vasis legato, secundum verba deberi etiam doliare vinum cum doliis, ex sententia Trebatii, cum utique & dolia sint vasa vinaria *L. 206. de V. S.* Secundum mentem autem testantis putare Trebatium nec dolia, nec doliare vinum contineri. Proculum vero, dolia quidem non contineri, quia videatur testator sensisse de vasis, quæ loco moveri possunt, vinum tamen quod in doliis contineri. Ita Cujac. voculam *ceterum* in *d. L. pen.* exponens pro *alioquin*, ut sensus sit, alioqui dolia non essent in vasis, subintellige quod absurdum est. Et ceterum pro alioqui etiam ibi accipitur, Gib. *Reg. 2. Enant.* 20. ostendens, alibi eodem sensu reperiri *L. 5. cir. med. de impens. in res dot. L. 51. §. 7. de re jud.* Et plures Textus adducit Goveau. 1. *Var. Lect.* 1. n. 11. Ac ita observavi apud Apulei. 5. *Metam. &c.* Verum eam acceptionem *d. L. pen.* minime convenire puto, statuens immo dolia non esse vasa vinaria; alioqui non video qua ratione motus Trebatius, vinum doliare deberi negasset. Et hæc ipsa etiam ratio dubitationis in *L. 6. vers. item quamvis d. t.* ubi vocula *quamvis*, arguit speciem illam majus habere dubium, quando vinum cum vasis legatum an etiam doliare contineatur. Quod si dolia essent vasa, non major esset in ea specie, sed minor dubitatio. Denique aperte Proculus in *d. L. pen.* etsi dolia in vasis non sunt, & quod in doliis esset, id est quod in vasis non esset. Quid his verbis clarius? Adde quod in *L. 3. §. ult. de penu. leg.* dolia aperte vasis opponuntur. *L.* vero *93. §. pen. de leg. 3.* nec quod dolia sint vasa probat, nec quod non sint. Nec obstat *d. L. 206. de V. S.* Nam non ibi habetur, quod sint dolia vasa vinaria; immo sola torcularia proprie vasa dicuntur: sed traditur, ea in eadem caussa esse, in qua vasa, quamdiu vinum continent. Inter quæ utique discrimen est. Trebatius autem in eo putavit, aliam esse mentem testatoris a sensu verborum, non quod verbis legati dolia contineantur, sed quod vinum in doliis. Ex mente autem testatoris voluit, nec vinum istud legatum censeri: quia videlicet his verbis, *vinum cum vasis*, credibile sit, eum intellexisse id solum vinum, quod in vasis esset. Atque ita putavit verba *cum vasis*, restringere generalitatem legati, perinde ac si sic legasset: *Vinum quod in vasis est.* Hoc vero Proculus refellit. In *L. 9. vers. certe d. t.* dicitur Zythum *ex pane* confici. Cujac. 21. *Obs.* 30. legit *ex panico.* Errorem ortum putat ex proximitate vocis ab iisdem litteris incipientibus, quibus desinebat prior. Sed dici poterit *panem*, ibi sumi pro farre, seu siligine, ex quo panis confici solet, materiatum pro materia. In *Tit. de instr. leg. ad L.* 2. §. 2. de dotibus prædiorum vid. Forner. 1. *Select.* 2. In *L. 3. in fin. pr.* noli cum A. Fab. 5. *Conject.* 5. negatione inserta legere *non contineri.* Sequeretur enim, heredem fiduciarium præstare casus fortuitos, & fatales ante diem restitutionis cedentem contingentes, (quod falsum est, vid. *Lib. 7. C. 27.*) vid. *not. Lib. 7. C. 06. N. 4.* Ad L. 8. qui sint monitores, vid. Radulf. Forner. 3. *Rer. quotid.* 11. & out. Goth. De specularibus in *L. 12. §. 16. & §. 25.* vid. Cujac. 12. *Obs.* 13. Ad *d. L. 12. §. 30.* notendum discrimen inter legatum fundi instructi, *d. §. 30.* & fundi cum omnibus, quæ in eo sunt, ubi legatum plenius est *L. 27. §. 3. d. t.* de quo Ant. Fab. 1. *Conject.* 6. In *d. L. 12. §. 40.* non opus est pro *Hjeroniano* substituere *Hermeniano*, cum Cujac. 1. *Obs.* 28. Neque enim quia Herminianus fuit Proconsul Cappadociæ, ideo Hjeronianus Proconsul non fuit. Nec pro in *Proconsulatum* legere in *Proconsulis comitatu* cum Hotom. 2. *Amicab.* 28. Quoni enim dicamus uti præsidatum *L. 6. § 12. de excus. tut.* ita & Proconsulatum, ditionem, seu Provinciam, quam Proconsul gubernat, ut in *L. 1. pr. de tut. dat.* Nec pro *hortis*, *horrea* reponere, cum eodem & Briss. 4. *Antiq.* 18. quia in hortis ædificia fuerint amœnitatis caussa, non custodiendarum rerum gratia. Nam & in hortis habitationes fuerunt *L. 5. §. 3. de injur.* argum. *L. pen. §. 1. de don. int. vir.* ut tradunt iidem, Briss. 3. *Antiq.* 13. Hot. 9. *Obs.* 7. & Ferreron. 1. *Animadv.* 8. Potuerunt igitur res ab inhabitatoribus custodiri. Non obstant verba *tuliore loco*,

inutile. Quod tamen non in omnibus accidit. Quomodo igitur rem explicamus? hoc modo, ut si corpora generi subjecta sint unius modi, eadem forma interna, & natura constent, ea legentur utiliter, ut homo, bos, equus, *L. legato*, 37. *L. hujusmodi.* 84. §. *si cui. L. si servus.* 108. §. *cum homo*, *D. de leg.* 1. Sin habet id genus corpora sibi subjecta non unius modi, sed diversarum seu specierum, seu generum forma, & natura, & manifesta utilitate distantium: tum legatum ejus generis sit inutile; ut si legetur simpliciter animal, si domus, si fundus. *L. si domus.* 71. *in pr. de leg.* 1. *L. cum post.* §. *gener. D. de jur. dot.* Quippe omnes homines, & si quæ sunt individua uni alicui speciei infimæ subjecta, suam utilitatem habent, etsi non eamdem. Animalis species omnes non item. Nam & musca animal est, quam ex hoc legato dare liceat: quod non tam legatario sit inutile, quam est per se ridiculum. Domus quoque, & fundus non natura constant, sed hominum destinatione. *L. quod in rerum* 24. §. *pen. D. de leg.* 1. Itaque possunt superbæ, & magnificæ haberi ædes, possunt & in ædibus haberi ruinosæ, & quæ nullius sint pretii, legatario magis damnosæ, quam utiles. Sic & fundus destinatione domini potest amplus esse: potest esse & unius pedis. Ita harum rerum legatum est inutile, quia in his ea est infinitas generis, ut rem levissimam ex eo genere heres dando liberetur: quod genus, inquit Africanus, magis [8] derisorium est, quam utile legatum. *d. L. si domus.* 71. *de leg.* 1.

XVI. Sane si testator qui domum, aut fundum legavit, habuit ipse ædes, aut fundos, existimari debet, unam aliquam domum ex his, unum aliquem ex his fundum legavisse, quem heredes elegerint, Quod Africanus in domo simpliciter legata eodem loco respondit, idest, *d. L. si domus.*

XVII. Quod cum constet & in priore genere rerum semper, & in posteriore interdum legatum generis esse utile: licet jam progrediamur ad id, quod sequitur, & præcipue instituto hujus loci convenit, ut quæratur, quæ ex eo genere species,

d. §. 40. Sæpe enim res tutius asservantur, & minus injuriæ expositæ in locis minus firmis, quibus videlicet aliquid pretiosi reconditum non ita facile suspicentur prædones. In *d. L.* 12. §. 46. male, Hot. 3. *Obs.* 2. & 4. *Obs.* 7. expuncta negatione legit, *quæ expressa erat.* Sic enim obstaret *L.* 9. *pr. vers. si tamen species de supell. leg.* Villæ instrumento supellectilem non contineri, Alfenus *L.* 16. *pr. d. t.* Contra Proculus *L.* 19. §. 1. *d. t.* Cujac. 26. *Obs.* 14. Resp. in rustica villa non contineri *d. L.* 16. *pr.* in urbana sic *d. L.* 19. §. 1. In *L.* 20. *pr. d. t.* non est cur, *pro insuper*, reponas *instructum*, cum Cujac. 1. *Obs.* 27. Hot. 1. *Amic.* 27. & Ant. Fab. 1. *Conject.* 7. Recte enim Rævar. 3. *Var.* 8. exponit *insuper* legatum, id est perceptione, quia ultra portionem hereditariam fundus Sejo heredi *super*. & salvus est. Molæ instrumenti esse dicuntur *L.* 26. §. 1. *d. t.* negantur in *L.* 18. §. 2. *d. t.* Fac. 6. Q. 37. Resp. Esse ædium instrumenti, non esse fundi. Ad *L.* 28 *de pecul. leg* ubi de rationibus breviariis vid. Mercer. 2. *Opin.* 17. Ad *Tit. de Penu leg. L.* 1. cur si penus non confestim detur, statim peti possit pecunia, vid. *not. infr. Cap.* 24. *N.* 7. In *Tit. de supell. leg.* de murrhinis in *L.* 3. §. 4. vid. Pancirol. *Lib.* 1. *Memorab. Cap.* 7. Ad ea, quæ Goth. notat *ad L.* 7. *pr. d. t.* de origine supellectilis adde quod tentoria facta ex pellibus Valer. *Lib.* 2. *Cap.* 2. & vid. Ræv. 4. *Var.* 8. In *Tit. de alim. leg. ad L.* 4. § 1. vid. Rad. Fornev. 5. *Rer. Quotid.* 8. Ad intellectum *L.* 8. vide Cujac. 2. *ad Afric. in L.* 107. *de leg.* 1. Ex *L.* 14. §. 2. *d. t.* vulgo eliciunt, ut & Goth. *ibid. in not.* solitum dici etiam quod una vice fit. Quod falsum esse, ac inde non probari, ostendit Bellon. 1. *Suppul. ult.* Ad *L.* 15. §. 1. verba *tempore messium*, *&c.* vid. Ræv. 2. *Conject.* 2. In *Tit. de auro, & arg. leg. ad L.* 6. *pr.* de soluto numine vid. *not. supr. Cap.* 17. *N.* 5. In *L.* 8. *d. t.* expungit Cujac. 10. *Obs.* 17. voculam *meum*, tanquam quæ irrepserit ex. *L. præced.* ne repugnet, *L.* 25. §. 6. *d. t.* Sed facilis est Resp. In *d.* §. 6. vocula *suum* significat usum, in *d. L.* 8. vocula *meum* proprietatem notat, non usum, propter adjecta verba, mundum, & ornamenta, &c. In *L.* 9. dicitur, auri certo pondere legato, non materiam, sed pretium deberi. Immo aut materiæ, aut pretium *L.* 35. *pr. d. t.* Fac. 6. *Q.* 41. per quam inconvenienter. Resp. vocula debet in *d. L.* 9. exponi debere, id est potest. Sic enim sensus erit, non posse materiam præstari, & eo magis adversabitur *d. L.* 35. Rectius dicemus *debet*, poni pro necesse est, seu cogitur, ut significetur, electionem esse gravati utrum præstare velit. De corollis mutuarum, quarum in *L.* 19. §. 14. mentio scitissime P. Fab. 3. *Semestr. ad.* Ad *L.* 22. *d. t.* vid Ræv. 3. *Conject.* 15. De coactilibus in *L.* 25. §. 1. vid. Cujac. 5. *Obs.* 11. Rad. Fornev. 5. *Rer. Quotid.* 20. Omni argento legato *non* contineri nummos Ulp. *in L.* 19. *pr. L.* 27. §. 1. *d. t.* Recte; quia forma, & qualitas in nummis spectatur, non materia *L.* 1. *de contr. empt.* Fare. *Ded.* 38 n. 1 ac argentum signatum in aliud, quantitatis numeratæ videlicet genus transit, Gœd. *ad L.* 5. *pr. de V. S. n.* 22. Contra Cic. in *Top. in lo.* a genere, vid. Walth. 1. *Misc.* 3. Ad *L.* 30. *d. t.* vid Cujac. 26. *Obs.* 34. Non opus est ut *L.* 32. §. 4. pro *basilica* legas *taberna*, ceu vult Goth. *ibid.* Nam, teste Ascon. *in Milonianam*, in basilicis fuerunt tabernæ negociatorum. In *L.* 33. legata muliebri veste, non venit ea, qua testator ceu virili usus, licet muliebris sit. Aliud in stipulatione *L.* 110. §. 1. *de V. O.* Cur aliud? vid Donell. *ibid. n.* 3. Fornev. 1. *Select.* 1. Fac. 8 Q 40. Diss. Hot. 3. *Obser.* 13. *tex. d. L.* 33. corrigens. In *L.* 34. §. *ultim.* nulla necessitas movit Cujac. 2. *Obs.* 39. ut pro *demonstrationem*, & *argumentum*, reponeret *deminutionem*, & *augmentum*, quem sequitur Fac. 6. *Q.* 3. Moventur, quod conditio ei legato insit, non demonstratio *L.* 6. *de leg.* 1. Resp. Utrumque inest. Potest enim demonstratio in conditionem exire vid. *supr. C.* 14. *N.* 8. Et immo vocula *magis* συλληπτικῶς accipienda, ut recte Accurs. non θετικῶς. Ad *L.* 38. §. 1. *d. t.* vid. Cujac. 26. *Obs.* 29. Sed hæc sufficiant. A pluribus mihi temperà instituti memor. Reliqua fere explicat Goth. in *not.* maxime quoad verba. Denique quicquid præterea in istis Titulis ambigui, accurate non ita pridem expediit in publicis Prælectionibus suis ad eos Titulos Vir Cl. & amplis. Ortelphus Fomanus in Jenensi Academiæ ante Pandect. nunc Cod. Just. Professor meritissimus, quem honoris causa, uti par est, nomine.

8) In minimo enim cespite, & gleba fundus consistere potest, Gœd. *in L. locus* 60. *de V. S. n.* 8. qui tamen n. 9. legatum fundi non consistere, etsi testator fundos reliquerit. Quod refellitur, *L.* 7. *de trit. leg.* Nam, tritico simpliciter legato, si testator reliquerit triticum, id omne est in legato, &c. Rob. 2. *Sent.* 14. contendit, inutile esse, ex. gr. animalis legatum, non ex hac ratione, quia muscam dando liberaretur heres, & sic ad nihilum redigeretur legatum, quia immo, ait, non heredis, sed legatarii esset electio: Verum quia adeo effusum, ac incertum, ut inutilem magis actum testator concipere voluisse censeatur. Male, & recte nostar. Nam præsuppositum Roberti, quod hoc casu esset legatarii, falsissimum est.

cies, seu res una legato contineatur. Et constat eam contineri, quam elegerit is, cui in hoc legato electionem damus. Utri igitur damua, heredi, an legatario? Et de eo ita scriptum est in §. *si generaliter. Inst. de leg.* si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarii est: nisi aliud testator dixerit. Aliis verbis eamdem sententiam exprimere volens Africanus in *L. si servus.* 108. §. *cum homo. D. de leg.* 1. ita scribit, electionem ejus esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii. Nec mirum sit, aliud servari in contractibus, in quibus re generaliter legata, placet, electionem esse debitoris, quid det, non creditoris, quid petat. §. *præterea si quis. Inst. de act.* Regule enim generalis est, quam ubique valere oporteat, nisi si qua res, aut æquitas suadeat ab ea recedi: favorabiliores esse reos, quam actores: & quod idem est, proniores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum, *L. favorabiliores. D. de regul. jur. L. Arrianus. D. de obl. & act.* Ideo & hanc regulam in contractibus sequimur, in quibus nihil est, quod hanc æquitatem reo auferat. At res suadet, vel cogit potius, eam in testamentis non servari. Quandoquidem in his totum ex voluntate testatoris pendet, *L. ex facto. §. rerum D. de her. instit.* ut proinde si cui is electionem dabit, non aliud ratio, & jus postulet, quam ut ei detur, etiam si sit legatarius, idemque creditor. Atqui voluntas testatoris in hac specie sic accipitur, quasi qui legatario, cui consultum voluit, eodem affectu hanc quoque electionem tributam voluerit. Idque interpretatione voluntatis jure recepto, quæ placet, in [9] testamentis plenius voluntates testantium interpretandas. *L. in testamentis. D. de reg. jur.*

XVIII. Sed tamen & in legatis quoque superior definitio de electione in legato generis legatario danda, magna cautione indiget. Utcunque enim in *d. §. si generaliter.* videtur generaliter, & sine exceptione scripta, ubi aliud testator non dixit: tamen neque ad omnes res generaliter legatas pertinet; & ad quas pertinet, in iis non infinita electio legatario tribuitur, sed certis finibus inclusa, qui modum electioni faciant. Primum sciamus definitionem in his rebus locum habere, quas testator ex eo genere habuit. Si nullas habuit, ad alienas non pertinet. Hic, inquam, legatarii electio non erit, quam velit ex alienis rebus omnium dominorum sibi dari; [10] sed erit heredis potestas emendi, quam velit, eamque dandi. Sic enim de vino generaliter legato scriptum est in *L. D. de trit. vin. & ol. leg.* si cui vinum sit centum amphorarum (id est vini generaliter appellati centum amphoræ) cum testator nullum vinum reliquisset: vinum heredem emptnrum, & præstaturum: tantum ne acetum detur, quod vini numero fuit. Et hoc ratio suadet. Testator enim generaliter rem aliquam legans, de suis potius, quæ aint ejus generis, sensisse intelligitur, ut inde sumatur legatum, quam de alienis. Probat Africanus in *L. si domus.* 71. *in pr. de leg.* 1. sed præcipue confirmat illa ratio Papiniani, qua ita definit, magis esse in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis, & onerandis heredibus facili testatores voluntate. *L. unum.* 67. §. *si*

9) De differentia hac ultimarum voluntatum & contractibus Moller. 5. *Semestr. Diff.* 33. De liberaliori interpretatione in testamentis late Simon de Prætis *de Interpr. ult. vol. Lib.* 1. *Inter.* 1. *Dubit.* 4. *sol.* 11: P. Fab *ad d. L.* 12.

10) Olim differentia fuit inter legatum vindicationis, quo legatarii electio, & damnationis, quo heredis. Duar. *ad L.* 5. *pr. de leg.* 1. Hot. *ad §. si generaliter* 22. *ipsi* 22. *I. h. t.* Cujac. 5. *ad Afric. ad L.* 108. §. 2. *de leg.* 1. Cujus vestigia in *L.* 45 §. 1. *de leg.* 2. *L.* 19. *de leg.* 2. *& simil.* Eamque differentiam nec hodie sublatam esse (sive genus legetur, sive duæ res disjunctim) contendit Ant. Fab. 6. *Conject.* 1. *p.* 254. ex ea ratione, quod ex testatoris aperta voluntate magis, quam ex verbis dependeat. Nam apertius non posset exprimere testator (ait Faber) utri electioni datam vellet, quam cum legatum vindicari jubet, vel heredem dare. Hinc in §. 22. *I. h. t.* electio legatarii est, *nisi aliud dixerit defunctus*, id est interpretatur Faber, nisi ab ipso herede legatum dari jusserit. Nicol. Valla de *Reb. Dub. Tract.* 16. *n.* 11. Discrimen id esse sublatum ad persecutionem legatorum, quæ nunc omnibus eadem, & jus accrescendi mansisse in certis casibus ex conjectura voluntatis defuncti, quæ ex verbis deprehendatur. Ut in electione hac, &c. Pac. 6. *Q.* 16. differentiam formularum in legatis sublatam esse ita, ut quodvis legatum valere debeat jure novo, & quasi damnationis, & quasi vindicationis verbis relictum. Quare si vindicare velit, legatarius eliget; sin in personam agat, heres eliget. Et ita putat Pac. semper esse in arbitrio legatarii, utrum eligere velit, ei videlicet vindicet. Quod textus ii, qui heredi electionem tribuunt, plane non admittunt. Rob. 2. *Sent.* 14. sic *Aut verba legati refert*, & sermonem dirigit testator *ad legatarium*, *aut ad heredem*. *Priore casu*, si de certa re eum sensisse probabilis est conjectura, nescitur vero de qua, non est legatarii electio, quia non voluit testator plures res legato subjici. Ac cum actus tam n sustineatur, qui videri posset, ob defectum probationis irritus arg. *L.* 30. *de test. tut* ita tamen eum interpretamur, ut heredi, in illo quadantenus gravato, electio tribuatur. Sin de certa re non sensit, utrum ex pluribus legando, vel res functionem recipiunt, & heredis electio; vel non, & si ex pluribus certis rebus una legata, electio legatarii: Sin ex pluribus incertis generaliter, vel genus continet species diversæ naturæ, ut animalia, ac inutile legatum, &c. vel ejusdem. Et aut res certis finibus naturæ continentur; ut homo equus; vel commatil usu ut vestis, & electio legatarii, etsi res in hereditate non sint, ut tamen hoc casu non optimum cogetur redimere heres, sed mediocrem, quem elegit legatarius. Aut hominis destinatione mutari solent, ut fundus, domus, & si in hereditate res sint, valet legatum, eligente legatario; si non sint, inane est. *Posteriore casu*, electio tacite heredi delata censetur, nisi contraria testantis voluntas. Ita Robert. non inargute. Sed expeditior videtur distinctio nostri Don. rid. & Vult *in* §. 22. *I. h. t.* Gom. 1. *Res.* 11. *n.* 54. Arumæ *ex Justin.* 9. *Th.* 10. De electione heredis late Simon de Prat. *Li.* 1. *de Interpr. ult. vol. Interp.* 1. *Dubit.* 3. *sol.* 4.

§. *si rem. D. de leg.* 2. Adde, quod si testator nullas res ejus generis habuit, & legatario electionem damus, ut eligat ex universis ejus generis, quæ ubique sint, quam velit sibi dari: fit infinita electio. De qua non est verisimile testatorem sensisse cum tam insigni onere heredis. Nec nos magnopere moverint ii loci, quibus generaliter in legato generis electio legatario tribuitur, quos supra indicavimus. Nam quod attinet ad *L. si servus.* 108. §. *cum homo. de leg.* 1. is locus potius superiorem interpretationem, & distinctionem confirmat. Non enim illic Africanus simpliciter definit, homine generaliter legato, electionem esse legatarii, sed hoc modo, electionem ejus esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, nempe in rem, aut in personam. Quibus verbis significat, in quibus legatarius hanc actionum potestatem non habet, ut illa, aut illa utatur, in his ejus electionem non esse. Atqui alienis rebus legatis, unam habet legatarius actionem in personam adversus heredem; nullam in rem, quippe qui alienæ rei dominus fieri non potuerit, ut suo loco dicetur. Quod autem attinet ad definitionem Justiniani, quam supra retulimus ex §. *si generaliter. Instit. de leg.* etsi ea generaliter, & indistincte ita scripta videtur, ut re qualibet generaliter legata omni modo electionem tribuat legatario: non tamen ita est. Nam vel ipsum electionis verbum, quo definitio utitur, satis nos admonet, hanc ipsam potestatem solum tribui in rebus testatoris, non in alienis: quia in illas cadit ista electio; in alienas non cadit. Eligere enim est, ex his rebus, quæ potestati tuæ subjiciantur, jure potestate ejus unam sumere. Est quæ potestati legatarii ad eam rem possunt subjici a testatore, nisi quæ sunt testatoris propriæ? In alienas cum nihil juris habuerit, ut non potuit ipse ex his ullam sumere, ita multo minus jus sumendi, quod non habuit, in alium transferre. *L. nemo plus. D. de reg. jur.* Ergo re aliqua generaliter legata, sit electio legatarii in iis rebus, quas testator habuit ejus generis. Si nullas habuit, sit electio heredis, quas aliunde emat, & præstet legatario.

XIX. Sed nec definitio superior ad res omnes, quas testator ex eo genere habuit, promiscue pertinet. In his electio erit legatarii, si res ejus generis sint unius speciei, unius substantiæ & naturæ, ut si quid inter se differant, figura tantum externa, magnitudine, & bonitate differant, non speciei communione: ut fit, cum homo legatur, bos, equus. Diversum est, si generi legato subjectæ sint res diversorum generum. Nam ex priore legato eligitur corpus unum ex pluribus. Ex posteriore eligitur primum genus unum ex pluribus, deinde ex eo genere unum corpus. Corporum singulorum electio datur legatario, cum ita dicitur, si qua res generaliter legetur, electionem legatarii esse. §. *si generaliter. Institu. de leg.* Hoc enim significatur, electionem esse ejus rei, quæ legatur. Ea autem erat corpus unum. Et vero ita recte datur. Est enim inter res ejusdem speciei aliqua proportio, qua fiat, ut una cum altera recte comparetur, & ex ea comparatione una potius quam altera recte eligatur. At non item legatario data est electio generum. Quod declaratur exemplo olei legati in *L.* 4. *D. de trit. vi. & ol. leg.* his verbis *cum certum pondus olei non adjecta qualitate legatur, non solet quæri, cujus generis olei uti solitus fuerit testator, aut cujus generis oleum istius regionis homines in usu habeant. Et ideo liberum est heredi, cujus vellet generis oleum legatario solvere.* Proponitur certum pondus olei legatum, sed olei simpliciter, non olei certi generis. Nec distinguitur; utrum testator alicujus generis oleum vel olea habuerit, necne. Quin potius eum habuisse magis significatur eo, quod dicitur, eum certi generis oleo uti solitum fuisse. Respondetur tamen, electionem esse heredis, ut eligat genus olei, ex quo præstet illud certum pondus, quod legatum est. Constat autem olea non esse unius generis, sed plurium, & maxime diversorum. Est enim juglandinum, est olivum, est amygdalinum, est juniperinum, & alia innumera. Ita hic electio heredi datur, legatario denegatur; sed electio generum, non corporum singulorum. Et merito; nam inter tam multa, & varia genera olei nulla est proportio, nulla æqualitas, [11] ut valde iniquum sit, in his generum ipsorum electionem legatario dari: pugnatque cum illa sententia Papiniani, in suis legandis, quam in alienis comparandis, & onerandis heredibus faciliores esse testatores. *L. unum,* 67. §. *si rem. de leg.* 2. At sit certorum corporum electio, & eorum quæ testator habuit: retinebimus ubique illam definitionem, re generaliter legata, electio-

11) Non igitur, pro *&* nec reponendum in *d. L.* 4. ut ex conjectura Jac. Lectii ibid. Goth. in *not.*

ctionem esse legatarii, uti definitio concepta est, in *d.* §. *si generaliter. Inst. de leg.* Neque dissentit *L. si domus.* 71. *in pr. de leg.* 1. Nam & in Pandectis Florentinis ita scriptum est: *si domus alicui simpliciter sit legata, neque adjectum, quæ domus: cogentur heredes, quam vellet, domum ex his, quas testator habebat, legatario dare.* Quam vellet, inquam, numero singulari, ut verbum id ad legatarium referatur, cui electio detur, non ad heredes. In aliis quidem exemplaribus quibusdam legitur, *cogentur heredes, quam volent domum, ut sit heredum electio.* Sed scriptura Florentina est potior, non magis propter auctoritatem earum Pandectarum, quam propter consensum eorum locorum, quibus eadem hæc sententia expressa est, cum quibus Florentina superior congruit.

XX. Postremo utcumque in rebus, quæ testatoris ex eodem genere fuerunt, legatario electionem demus: illud in hac electione diligenter præcipiendum est, non infinitam esse hanc electionem, & per omnia liberam, ut possit legatarius, quodcumque velit ex eo genere etiam optimum eligere: sed conclusam intra modum. De quo ita scriptum est in [12] *L. legato.* 37. *D. de. leg.* 1. legato generaliter relicto, velnti hominis, Cajus Cassius scribit, id esse observandum, ne optimus, vel pessimus accipiatur. Quæ sententia rescripto Imperatoris nostri, & Divi Severi adjuvatur: qui rescripserunt, homine legato, actorem non posse eligi. Ex quo etiam apparet, in tota hac electione semper id egisse veteres, ne infinitum quid tribueretur legatario, neve nimis oneraretur heres: ut si quando periculum esset, ne, electione data, id fieret, non abs re placuisse diximus, ut esset electio heredis, non legatarii.

XXI. Quæ ex legato generaliter relicto incertitudo est rei legatæ, eadem est & rebus pluribus nominatim legatis, si legatæ sint disjunctim, ut velit testator unam ex his eligi, non omnes simul præstari. Ut cum ita legat: Titio Stichum, aut Pamphilum do lego: Titio fundum Sejanum, vel usumfructum fundi Sejani do lego. In qua specie, cum ea res legata intelligatur, quæ ab eo, quem oportet, electa est, nempe eadem hic quæstio est, quæ in generc superiore, utrius sit electio, legatarii, an heredis. [13] Et placuit hic quoque si species plures isto modo legatæ sint, electionem esse legatarii. *L. si is cui.* 19. *L. Lucio.* 23. *de leg.* 2. eadem illa ratione scilicet, qua superius, quia in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis. D. de reg. jur.* Nam alioqui in contractibus placet, in hoc quoque genere electionem esse promissoris, non stipulatoris. §. *huic autem. Instit. de act.* Sed species plures hic legatas esse volumus, ut sit electio legatarii.

XXII. Quod si testator ita leget, vel fidei heredis committat (nam hodie post constitutionem Justiniani utrum horum fiat, nihil interest. *L.* 2. *C. com. de lega.*) ita leget, inquam, ut Titio fundus, aut centum dentur: responsum est, electionem heredi relinqui, utrum malit dandi, dum modo alterum solidum præstet; ut si quidem heres pecuniam offerat, inhibeat prætor fundi persecutionem. Si non offerat, neque fundum det, tamen non pluris fundus æstimetur adversus eum, quam centum. Hoc Africanus in *L. si quando.* 109. §. 1. *de leg.* 1. Ex quo differentiæ ratio facile potest perspici. Apparet enim Africanum hoc sentire, in hujusmodi legato quantitatem pro re legari, ut reipsa sit in obligatione, & quantitas in solutione, ut dum hæc præstetur etiam post moram, tamen semper heres ex voluntate testatoris liberetur. In quo palam est, heredi electionem pecuniæ solvendæ dari.

XXIII. Quod si hoc in specie, & quantita-

12) Adde *L.* 110. *de leg.* 1. *ibique* Cujac. 8. *ad Afric.* Optione tamen servi data legatario, etiam optimum eligi posse, scribit Cujac. 23. *Obs.* 14. cum Rogerio per illa Ciceronis 2. *de Invent.* Optione data vasorum argenteorum, vasa magnifica & pretiose cælata vindicari posse. Et quia major vis est expressim, quam tacite datæ electionis.

13) Quoties tamen ex duabus rebus disjunctim relictis, in altera est ambiguitas, interpretatio voluntatis ex alterius rei æstimatione sumenda. Quo pertinet species *L.* 1. *de reb. dub.* Fundo Mæviano, aut Sejano legato, si unus specialis fundus, forte e Mævio acceptus, Mævianus nominatus, deinde alia prædia ei adjecta, ac conjunctio plurium prædiorum æque Mævianus fundus e testatore vocatus, quæritur, quid legato contineatur? Dist. Aut vetus Mævianus non multum distat a pretio Sejani, & is salvi legato est; aut Sejani pretium cum longe exsuperat, & tunc adjectio prædiorum æque Mævianı legato inest, & accipitur novus Mævianus. Conjectura ducta, ut hæc. *in d. L.* 1. a natura electionis hic datæ legatario, ea, ut constituatur inter res pares, vel non longe disparis æstimationis, ita Don. noster *ad d. L.* 1. Convenit Cujac. 8. *Obs.* 25. & Ang. Matth. *Lib.* 2. *de Via Juris C.* 4. n. 11. Electio, inquit, inter æqualia dari putatur, idque exigit natura alternativæ. Hot. 1. *Obs.* 3. & 1. *Amicab.* 16. negatione detracta legit in *d. L.* 1. si magna pecunia, &c. quia nemo sanus leget sub disjunctione res duas, quarum pretium immo lice differat. Disjunctiones enim instituta, ut optioni locus sit. Quare si immensa pecunie Mævieni, id est plurium prædiorum collectionis, rationes distent a Sejano, non videntur cætera prædia legata. Notatur a Rob. 2. *Rec. Lect.* 6. & A. Gentile 1. *Lect.* 19. Sane in effectu interpretatio Hotomanni convenit cum aliorum expositione. In fine enim *d. L.* 1. per vocem *Mæviani* intelligit Hotomannus universam possessionem prædiorum plurium, cum debuisset Mævianum speciale fundum accipere; itaque emendatione non opus est.

Digitized by Google

titate disjunctim legata recipimus, ut electio sit heredis: multo magis in pluribus summis disjunctim legatis heredi potestatem dabimus, ut minimam eligat. Quam, quia semper electurus putatur, ideo legatum sic accipitur, quasi non duæ summæ relictæ sint, sed una ea, quæ est minima. Ut, si ita scriptum sit, decem, aut quindecim heres dato: pro eo est, quasi decem sola legata sint. Hoc Pomponius in *L. si ita relictum.* 43. §. *ult. de leg.* 2.

XXIV. Et quia minor summa esse putatur, cujus solutio differtur in longius tempus, puta in biennium, quam cujus differtur in tempus brevius, puta in annum: ideo ibidem Pomponius adjicit, si ita scripserit testator, post annum, aut post biennium, quam ego decessero, heres dato, post biennium videri legatum. Et addit communem rationem, quia heredis esset potestas in eligendo. Eadem tradita de contractibus legimus in *L. si ita.* 12. *L. si ita.* 109. *D. de verb. oblig.*

XXV. Sed cur in testamentis etiam in pluribus summis disjunctim relictis non similiter, ut in pluribus rebus eodem modo relictis, legatario electionem damus: sequimurque etiam in summis eamdem illam regulam juris, ut dicamus generaliter, in testamentis plenius nos voluntates testantium interpretari? *d. L. in testamentis. D. de reg. jur.* Hoc ideo, quia in universa hac eligendi potestate sic legatario electionem damus, nisi appareat, aliud voluisse testatorem. *d.* §. *si generaliter. Instit. de leg.* Apparet autem voluisse tunc, cum speciem, aut certam summam disjunctim legavit, ubi scilicet rem legatam æstimavit certa quantitate, quam vellet licere pro re præstari. Apparet & in pluribus summis disjunctim relictis, quia in his testator non tribuit legatario potestatem sumendi, quam summam velit de bonis heredis, sed heredi undecumque solvendi potestatem facit. Unde etiam jure ad alterutram ex duabus summis disjunctim relictis petendam actio est non in rem, sed in personam: in qua heres, tanquam debitor conventus, necesse est, communi cum cæteris debitoribus jure utatur. Huc autem jure & in re generaliter debita, & in pluribus disjunctim in obligationem deductis debitoris electio est. §. *huic autem.* §. *præterea. seq. Instit. de act.* Confirmat hanc rationem Africanus in *L. si servus*, 108. §. *cum homo*, *de leg.* 1. cum in legato generaliter relicto ideo dat electionem legatario, quia in potestate ejus sit, qua actione uti velit, in rem, an in personam. Tolle ergo hanc actionem electionem. Apparet, enm nec legatario electionem daturum fuisse.

XXVI. Huic legato finitimum est illud, vel potius prope idem, cum ex duabus, vel pluribus rebus testator dicit unam se legare: ut, ex duobus servis meis, unum Titio do lego; ex tribus fundis, unum. Et hic in eadem incertitudine unius rei ex pluribus legatæ eadem voluntatis interpretatio est, & electio legatario data, ut sumat ex his rebus, quæ indicatæ sunt, unam quam velit. *L. qui duos*, 20. *D. de leg.* 1. Sed hæc ita sunt, inquam, si testator ex pluribus rebus certis unam leget ita, ut nominatim dicat se unam ex illis legare. Tum enim certum fit, testatorem de una aliqua certa præstanda non sensisse, sed infinite eam voluisse dari, quæ ab alterutro esset electa, herede aut legatario. Quam ob caussam voluntatem ejus plenius interpretantes legatario electionem damus. Diversum est, si quis, cum duos Stichos haberet, legaverit Stichum simpliciter, ut diceret, Titio Stichum do lego, non autem ex duobus Stichis meis unum do lego. Jam enim tum apparet, testatorem de uno certo ex his præstando sensisse, non utrunque electioni cujusquam, nisi quid ad legatum præstandum necesse sit, subjecisse. Ideo placuit, in hac specie legatarii electionem non esse, utpote quam testator illi dare nullam constituerit. Ex quo relinquitur, ut si quid hic deberi volumus, necesse sit, rem permittere potestati heredis, ut det ex his, utrum voluerit, quod & placuit. *L. si quis a filio.* 32. §. *penult. D. de leg.* 1. Idemque responsum est, si quis cum duos fundos haberet ejusdem nominis, puta Cornelianos dictos, legasset simpliciter fundum Cornelianum, & esset alter pretii majoris, alter minoris. Nam & hic probatum est, si heres minorem legatum esse diceret, hunc præstando, eum liberari, si majorem legatum non posset docere legatarius. *L. cum servus.* 39. §. *penult. D. de leg.* 1. Sed cum dicamus, testatorem in hac specie res istas non subjecisse cujusquam electioni: cur hanc electionem denegantes legatario, eam potius heredi damus? Non sane quia testator in eum potius hanc electionem conferre voluerit; sed quia, si legatum valere volumus, id ita facere necesse est. Nam si hic neque legatario, neque heredi electionem damus, nihil debebitur. Quod utique testator noluit. Certe in ambiguo sic voluntatem ejus interpretamur, ut sumamus id, quod est pro fidei-

fideicommisso, ne fideicommissum intercidat; & generaliter ut quod fit, valeat potius, quam pereat. *L. cogi.* 16. *in pr. D. ad Treb. L. quoties in actionibus. L. ubi. D. de reb. dub.* Enimvero cur in hoc legato hoc incommodum metuimus, ac non potius, eo contempto, audemus dicere, hic neutrum Stichum, neutrum fundum Cornelianum deberi, quia non intelligatur, de quo testator senserit? Nam hæc eadem incertitudo si in persona legatarii inciderit, dicimus, impediri legatum. Veluti si testator leget Titio, & duo sint Titii, neque intelligatur, de quo testator senserit, placet, neutri legatum deberi. *L. si fuerit.* 10. *D. de reb. dub.* Rationem differentiæ exposui, & simul quæ ad incertitudinem hanc totam pertinebant ad *d. L. si fuerit.* Inde sumere licebit. Commentarium in calce hujus libri adjectum, lector, reperies.

XXVII. Non solum in legato inest res legata; sed etiam, ut proposui, jus, quod in ea re testator transferri velit. De quo etiam nonnulla incertitudo est, quæ & hoc loco fuit attingenda. Quid enim; an heres rem legatam, quam præstabit, perfecte facere debet accipientis, ut ne possit quandoque avocari: an vero quam dabit, sufficiet talem dare, qualis est? Et de hac præstatione hæc voluntatis testatoris interpretatio, & hanc secuta juris distinctio recepta est, ut multum intersit, res generaliter legata sit, an una aliqua specialiter, & certa. Si res generaliter legata est, non sufficit unam aliquam ex eo genere dare talem, qualis est: sed oportet ita dare, ut fiat perfecte accipientis, id est ita, ut legatario eam habere liceat; aliter dando heres non liberetur. Ut puta, homo generaliter legatus est. Si heres servum dederit, suum quidem, sed aut statu liberum, aut qui aliis noxam nocuerit, aut alii pignori obligatum: non liberabitur, quasi nec videatur dedisse eum, qui ex his caussis evinci potest, ut cum propterea habere non liceat. *L. si a substituto.* 45. §. 1. *D. de leg.* 1. *qui concubinam.* 29. §. *pen. D. de leg.* 3. Quod si res certa legata erit: veluti Stichus, placet, talem dari debere, qualis est. *d. L. a substituto.* 45. §. 1. *in fin. L. legatum.* 116. §. *ult. de leg.* 1. ut puta servus statuliber legatus est: Eum heres statuliberum recte dabit. *L. servum* 44. §. *penult. de leg.* 1. Fundus, qui legatus est, servitutem debuit. Cum servitute recte præstabitur. *L. servo.* 69. §. *penult. de leg.* 1. Idque ita est, sive ipse fundo heredis servitutem debuerit; sive ei fundus heredis. Usque adeo, ut quamvis forte confusione dominii servitus sit extincta, tamen pristinum jus restituendum sit heredi, & legatario. Ac nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponatur; si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento supersit. Hæc in *L. legatum.* 116. §. *ult. D. de leg.* 1. Differentiæ ratio hæc est, quod cum in utroque genere insit legatum, inest hoc etiam, ut res legata, quæcumque erit, detur. Legatum enim donatio est. Donatio autem doni datio. *L. senatus.* §. 1. *D. de mort. causs. don.* Jam vero dare est dominium transferre. §. *sic itaque. Instit. de act.* Nec videtur dari, nisi ubi res perfecte fit accipientis. *L. cum quis.* §. *qui hominem. D. de sol.* Proinde quamdiu per voluntatem testatoris licebit rem aliquam ex caussa legati dare, quæ res perfecte accipientis fiat, ita & dari debebit, ex significatione, & fine legati. Quod si per voluntatem testatoris id non potest, voluntati parendum est. Atqui prius licet re generaliter legata, cum in eo genere possint multæ res reperiri, quæ ita transferri possint, ut eas habere liceat, nec sit periculum ab evictione. Talem igitur rem unam aliquam ex eo genere præstare heredem oportebit, si modo præstet ipse, ut sæpe ejus electio est; non autem legatarius sumat unam ex rebus defuncti. Quo casu electione sua qualemcumque rem elegerit, consumit legatum. *L. apud. D. de opt. leg. L. si is cui.* 19. *D. de leg.* 2. Non idem licet facere, cum res certa legata est. Hic enim testator legatum ad unam rem certam adstringens, ab ea recedi noluit; ut necesse sit, ex voluntate ejus hanc rem præstari, quæ sola legata est. Quod si necesse est, relinquitur omnino ex voluntate testatoris, ut qualis res est, talem dari oporteat.

XXVIII. Quod tamen dicimus, cum res certa legata est, talem dari debere, qualis est, de re testatoris legato dictum accipiendum est. Suum enim aliquid legans testator, tantum videtur legare quantum in legato habuit, non amplius. *L.* 6. §. 1. §. *ult. de leg.* 1. Quod si rem alienam legavit sciens, hoc in legato est ex mente testatoris, ut heres eam rem redimere debeat, & præstare; & si eam redimere non potest, æstimationem ejus dare. §. *non solum. Instit. de leg.* nempe ideo, non solum quia alioqui legatum sit inu-

inutile [14]: sed multo magis, quod testator in re aliena, quatenus aliena est, nihil juris habens, & tamen eam dari volens, non potest videri legati modum revocasse ad aliquod jus suum, quod in ea re, quatenus aliena est, nullum habuit. Ita hoc superest, ut tantum in ea legasse intelligatur, quantum dandi verbo continetur. Id autem continetur, ut res perfecte fiat accipientis. *d. L. cum quis. §. qui hominem. D. de solut.* Quod de re in totum aliena legata juris est, id esse necesse est & in parte ejus rei, quæ pars aliena fuerit. *L. quæ de tota. D. de rei vind.* Ex quo est omnino, quod Papinianus de re testatoris legata: in qua ususfructus alienus est, respondit. Scribit enim heredem hunc quoque usumfructum redimere debere, & ad id consequendum posse legatarium totum fundum petere. *L. Mævius. 66. §. penult. D. de leg. 2.* [15] & si is ususfructus esset heredis, voluntatis rationem non pati, ut heres ex hac caussa fructus emolumentum retineat. *L. cum filius. 76. §. dominus. D. eod. tit.* Utrobique addita hac ratione, quæ ad superiorem definitionem nos deducit, quod scilicet ususfructus dominii partem obtineat. Hac enim ratione non illud tantum significat, dominium hic legatum esse, ideo & usumfructum dominio adjunctum, quia pars dominii obtinet, sed etiam in hoc usufructu rem alienam legatam videri; quæ proinde redimi debeat ab herede, aut eo adduci, ne amplius rem legatam turbet, sed ea exstincta, incipiat res legata non amplius pro parte esse aliena.

XXIX. Hoc jus & ad res testatoris pignori obligatas tanquam alienas translatum est. Placet enim, etsi res testatoris legata sit, si ea pignori sit obligata, ita valere legatum, ut heres non rem, qualis est, præstanda liberetur, & legatarius de suo pignus liberare debeat, sed ut quemadmodum heres rem alienam legatam cogitur redimere: ita & rem pignori obligatam a sciente legatam luere cogatur: idest pecunia creditori soluta, rem obligatione pignoris liberare; nisi testator aperte aliud caverit. *§. sed etsi rem, Inst. de leg. L. si res obligata. 57. D. de leg. 1.* Quippe & res pignori obligata quodammodo aliena est, ut cujus pretium nobis absit, quod pro ea liberanda præstare cogimur. Sic enim veteres definiunt, ei rem abesse videri, cui pretium abest. *L. Labeo & Sabinus. D. de verb. sing.* Unde & pignoris obligatio species alienationis habetur in *L. ult. C. de reb. al. non al.* Sed a sciente legatam esse volumus, ut voluntate testatoris heres luere cogatur. Quam si pignori obligatam testator ignoravit, placet hic quoque idem, quod in re aliena, ut non necesse habeat heres eam luere, *d. §. sed etsi rem. Inst. de leg. L. si res obligata. de leg. 1.* Quod tamen posterius ita temperatur ab Ulpiano in *d. L. si res obligata.* ut neget, locum habere duobus casibus.

XXX. Unus est, si testator vel hanc, vel aliam rem æque legaturus fuisset, si scisset obligatam. Congruit *L. prædia. C. de fid.* Sic autem de eo constare poterit, si aut aperte testator quandoque id professus fuit, aut si rem conjunctæ personæ legavit. Illic res loquitur; hic conjectura voluntatis admissa est. Nam & hoc idem servatur in re aliena ab ignorante legata *L. cum alienam. C. de leg.*

XXXI. Alter casus est, quo vult Ulpianus rem obligatam ab eo, qui pignus ignoravit, quamvis extraneæ personæ relictam, nihilominus lui ab herede, si potest, inquit, aliquid esse superfluum ex soluto ære alieno. Quod sic interpretandum puto, ut hoc casu hactenus lui debeat res ab herede, quatenus a legatario ex soluto ære alieno, quod efficiat æstimationem rei legatæ, restabit adhuc superfluum aliquid æris alieni, quod sit exsolvendum supra rei æstimationem. Id enim superfluum heres exsolvere cogetur ad pignus liberandum, non legatarius. Ut puta, debentur trecenta. In eam summam fundus pignori oppositus pretii non majoris,

14) Si autem res communis legata, tanquam quæsita testatoris, id est si is suam vocavit, pars tantum debetur *L. 5. §. 1. & 2. de leg. 1.* nisi partem alteram deinde testator redemerit vid. *not. C. seq. N.* 1. Ratio differentiæ. Cum tota res aliena, non potest alia conjectura capi, quam voluisse defunctum totam legare. Cum autem pars testatoris, credibile est, eum de illa cogitasse. Quid si quis rem communem simpliciter legaverit? Duar. *ad d. L. 5. §. 2.* & tunc partem solam, ac jus, quod in ea re testatori fuit, deberi. (1) Ex conjectura, quod non ultra censeatur onerasse heredem *L. 36. de usufr. leg.* 2. Quia plura exempla ubi re legata id jus continetur, quod in ea habuit defunctus *L. 39. §. 3. L. 71. §. ult. L. 94. de leg. 1. L. 68. de leg. 3. L. fundus 24. de instr. leg.* Dissentire ait Duarenus Accursium & paucos sequaces (1) quia appellatione rei totum continetur *L. 56. §. 2. de evict.* Resp. Mens verbis potior. (2) Quia ususfructus redimendus *L. 66. §. pen. de leg. 2.* Resp. Non ibi decidi, an & quando totus fundus debeatur, sed, posito, quod debeatur, etiam usumfructum præstandum. (3) Pignus luendum. Resp. Quia non credibile est voluisse defunctum æs alienum solvi a legatario, quod onus heredis. Ita Duar. Mihi videtur, quia res communis pro parte socii aliena: eadem distinctio adhibenda an testator rem suam putaverit, an scivrit, partem esse alterius, arg. eorum quæ *supr. C. 11. N. 19. & seqq.* & quæ hic noster tradit in pignore.

15) Si tamen non sit heredis, atque distinqui putaverim, argumenta eorum; quæ jam dixi, an testator sciverit usumfructum alienum, an nesciverit.

joris, quam ducentorum. Hoc dicimus, legatarium in proposito pignus luiturum ad ducenta, quanti res valet. Quod superfluum est æris alieni, idest, quod restat adhuc exsolvendum, ut pignus in totum liberetur, idest centum reliqua, heredem præstaturum. Primum quæ a me sententia ex Ulpiano modo relata est, totidem verbis affirmative scripta legitur in Pandectis Florentinis. Ut autem eam scripturam retinendam putemus, faciet superior interpretatio, si modo eam recipimus. Atqui ut interpretatio verbis congruit, ita sententiam habet, ut puto, verissimam; certe eam, quæ ratione non dubii juris defendatur. Constat enim, eum, cui fundus legatus est, eatenus onerari posse, ut præstet alii, quantum sit in pretio fundi; si quid sit amplius, eum præstare non cogendum, quoniam nihil ex testamento videatur capere, qui tantum erogat, quantum accipit. Hæc pene totidem verbis in *L. civitatibus.* 122. §. *ult. D. de leg.* 1.

XXXII. His casibus constitutis, quibus ostendimus, testatorem hoc animo fuisse, ut vellet prædia legata liberari ab herede: tractat deinceps Ulpianus in *d. L. si res obligata.* 57. *de leg.* 1. quomodo legatarius consequatur, ut liberetur. Respondet, id eum facile consecuturum fundo legato accepto, si hypothecaria conveniatur a creditoribus. Nam cum, inquit, testator liberandorum prædiorum onus ad heredes suos pertinere voluerit ([16] sic enim legendum est, non, noluerit, ut adversativa aequens ostendit) quanvia aperte de his liberandis non senserit: tamen nihilominus ex superiore voluntate testatoris habet legatarius doli exceptionem, qua summoveat creditores, nisi parati sint sibi cedere actiones suas adversus heredem. His vero cessis, jam haud dubie consequetur ab eo, quod debetur, quodque solutum satis esset ad pignus liberandum. Quanquam autem, inquit, hac exceptione usus non fuerit suo tempore, id est, cum hypothecaria conveniebatur: tamen per jurisdictionem magistratus id ei præstabitur. Sensus est, dabitur ei ultro actio adversus creditores, qua hanc cessionem etiam nunc ab illis consequatur. Hoc ille. Quo loco quædam occurrunt, quæ posteriorem hanc sententiam impediant. Quæ paucis diluenda sunt. Ac primum re judicio transacta inter legatarium, & creditores, quæ potest fieri cessio actionum ab his, qui actiones eas habere desierunt? Legatarius cum hypothecaria conveniretur, nulla exceptione usus coactus est pecuniam solvere. *L. si fundus.* §. *in vindicatione. D. de pig.* Pecunia soluta etiam obligatio principalis sublata est. *Inst. quib. mo. tol. obl.* Atque hoc modo heres debitor liberatus. Quo liberato, nullæ sunt amplius adversus eum actiones. Quomodo igitur cedant creditores eas actiones, quas non habent? Id quidem neque natura, neque juris ratio, & regula concedit. *L. nemo plus. D. de reg. jur.* idque ipsum in hac specie nominatim responsum in *L. Modestinus. D. de. sol.* Respondeo, cum legatarius hypothecaria conventus pecuniam solvit creditoribus, ita futurum fuisse, ut tolleretur obligatio, & actio principalis, si legatarius solveret nomine heredis, ejusdemque debitoris. Nunc autem nomine debitoris non solvit, sed suo. Non enim solvit, ut debitorem liberaret, sed ut rem suam, quæ ex caussa legati ejus facta est, liberaret obligatione pignoris. Ideo & obligatio principalis semper manet, & inde in personam actio adversus heredem. Quamobrem & cedi ea recte potest. In quam sententiam & Papiniani responsum est diserte scriptum in *L. Papinianus. D. mand.*

XXXIII. Rursum quæritur, quomodo legatarius possit agendo consequi a creditoribus, ut cedant suas istas actiones. Constat enim, si quis nullam actionem habuit, quam intenderet, non habere eum facultatem alios judicio conveniendi. *L. si pupilli.* §. *ult. D. de neg. gest.* Et quam hic actionem habere possit adversus creditores, cum quibus nihil contraxit, nullum negotium gessit? fatendum est, nullam eum habiturum fuisse, si quidem hoc vere diceretur, legatarium in proposito nullum cum creditoribus negotium gessisse, nihil contraxisse. Sed gessit, contraxit cum his, cum illis pecuniam solvit. Solvit enim hac mente, atque hac lege, ut illi ab omni obligatione pignoris ipsius gratia discederent. Proinde ut eas actiones deponerent, quas habent pignoris persequendi caussa, idque in rem, & utilitatem legatarii. Id vero ita fit, si illi depositas a se actio-

16) Ita etiam emendat A. Fab. 11. *Conject.* 10. Sed vulgata lectio sic defendi poterit, si vers. *quod si &c.* accipiamus de casu, quo, *aliquid superfluum, &c.* ex verbis praecedentibus, id est quo debitum majus quam æstimatio fundi. Hic si testator noluerit onus liberandi esse heredis, licet nec aperte caverit fideicommissarium debere pignus luere, tamen id ipsius onus erit, ita tamen ut conventus hypothecaria, si integrum debitum exsolvat, postulare queat sibi cedi actiones, quibus contra heredem utatur, ratione non totius exsoluti, sed ejus, quod amplius præstitit, quam in prædiorum legato est, seu quod prædiorum valorem excedit.

actiones in legatarium transferant. Hinc negotium tacite gestum de actionibus legatario, si postularat, cedendis. Erit igitur ei ad id consequendum actio præscriptis verbis, tanquam negotio civili gesto, ex quo hæc nascitur actio. Dedit enim pecuniam creditoribus, ut illi facerent, id est, actiones suas cederent. Ex quo genere maxime, cum non est alia vulgaris, & usitata actio, constat, esse præscriptis verbis in factum actionem. *L. 2. L. 5. in pr. D. de præs. ver. L. juris gentium. in prin. D. de pact.*

CAP. XX.

Quantum sit in legato: quæstio etiam tunc cognitu necessaria, cum quid legatum sit, maxime constabit.

Incidere interdum, ut citra apertam voluntatem defuncti plenius fiat legatum, quam ab initio relictum est, interdum ut minus. I.

Plenius fit, cum rei legatæ vivo testatore quid extrinsecus accedit sive per alluvionem quid fundo legato adjectum sit, sive ipse testator eum ampliorem fecerit, sive areæ legatæ domum imposuerit. II.

Minuitur legatum tum ex legatariorum numero, tum ex quantitate legatorum. III.

Si eadem res duobus, vel pluribus conjunctim relicta, singulis partes datæ videntur; & qui totam vindicat, & si alter non partem, sed æstimationem consequutus, doli exceptione repellitur. IV.

Idem si unus totam vindicet, alter in personam agat. V.

Si res pluribus legata separatim, habere rem duas dubitationes; & quæ nam. VI.

Non esse dubium, quin testator, secundo dando, possit, si velit, priori adimere; idve eum sensisse unde intelligatur. VII.

Item nec de eo, quin, si appareat; duobus eandem rem legando, utrumque solidum accipere voluisse, ejus voluntas servanda sit. Et quatenus primo litem de legato contestanti electio detur rei, vel pretii. VIII.

Si de neutro horum liqueat, concursu legatarii partes faciunt, & quidem æquas, seu viriles si nullæ adsignatæ. Et conjuncti permixti disjunctis unius personæ vice funguntur. IX.

Quid si unus quoquo modo defecerit. Quid si omnes. X. XI.

I. AD præstationem legati non illud solum quærendum est, quid legatum sit, seu quid sit in legato; de quo ante diximus: sed etiam quantum: ut sciri possit, quid, quentumve ex ea caussa peti, præstarive oporteat. Neque vero qui cognovit, quid sit legatum, idem statim quantum sit in legato, intelligit. Id ex eo accidit, quod legatum rebus quibusdam extrinsecus incidentibus, sine verbis, & cautione ulla testatoris interdum plenius fit, quam ab initio relictum est; interdum minus. In quibus cum aperte voluntate testatoris deficiamur, merito quale sit utrumque, ubi & quibus ex rebus incidat, quæritur. Cujus quærendi hic demum locus est.

II. Et plenius fit legatum, quam relictum est, cum rei legatæ quædam extrinsecus accesserunt, quæ ei cederent, etiam si vivo testatore accesserint, multo ante scilicet, quam legatum ad legatarium pertineret. Veluti si fundo legato aliquid alluvione accreverit; si insula in confinio ejus nata sit; si testator [1] parte alique agri aliunde adjecta fundum ampliorem fecerit. Cedunt hæc omnia legato, & cum eo, quod initio fuit, quodque solum verbis legatum erat, exigi a legatario possunt. *L. quod in rerum. 24. §. 1. D. de*

1) Magis igitur, si communi re legata, ubi pars tantum, quæ testatori in ea est, alias deberetur vid. *not. C. præced. N. 14.* partem socii testator redemerit. Tunc enim debetur tota res argum. *L. 8. pr. de leg. 1.* ubi Duar. (vid. & Dauth. *de Testam. n. 270.*) Nam eadem est ratio augmenti, & deminutionis. Parte autem alienata, minuitur legatum *d. L. 8. pr.* Extendit hoc Duarenus, Etiamsi judicio communi dividundo altera pars testatori adjudicata juxta distinctionem *L. 13. § 17. de act. empti* Sed obstat *L. 31. de usuf. leg.* ex qua Duarenus se non recte expedit. Quare hæc extensio mihi non probatur. Constituo potius exceptionem, nisi res judicio adjudicata *d. L. 31.* Ratio exceptionis, quia nec si judicio pars testatoris adjudicata esset socio, minueretur, aut tolleretur legatum, cum illa sit alienatio necessaria. Etiam per dicta *supr. C. 17. N. 13.* Proinde illa ipsa regula: Eadem ratio augmenti, &c. hanc exceptionem suadet. An domo legata, si testator post testamentum alias illi contiguas ædes emerit, ac ex priori in has aditum habuerit, & utraque domo quasi pro unis ædibus utatur, legatum auctum sit, vid. Zoan. *Rer. quot. C. 11.*

de leg. 1. *L. cum fundus.* 10. *de leg.* 2. *L. sæpe.* 16. *de leg.* 3. Nec propter accessionem legatum perimi dixerimus, quasi re priore mutata, species nova exstiterit. Quod enim ex istis adjicitur rei legatæ, rem novam non constituit, sed eam, quæ est ampliorem facit. Sed etsi res nomen mutat propter accessionem; dum res maneat, quæ initio fuit, tota species quæ per accessionem esse cœpit, debabitur. Quod fit, cum areæ lagatæ ædificium imponitur. Manet enim etiam tunc area, utpote maxima pars domus, & sine qua superficies non consistat. Ideo hoc casu totam domum deberi placet, id est, cum area & superficiem. *L. si areæ.* 39. *de leg.* 2. *L. servum.* 44. §. *si areæ. de leg.* De qua specie etiam in quæstione de infirmandis legatis satis a me supra dictum est.

III. E converso non raro accidit, ut legatum minus fiat, quam verbis relictum est. Ubi & illud quærendum sit necessario, quando, & quatenus minuatur, ut sciri possit, quantum sit, quod relinquitur, quod deinde præstetur legatario. Accidit vero hæc imminutio aut ex numero eorum, quibus eadem res relicta est, aut ex quantitate legatorum eodem testamento relictorum. Nam re pluribus legata, cum singulis solida non legetur, quo plures erunt, quibus legatum est, eo minorem in re lagata cujusque portionem fieri necesse est. Unde & illud necesse est quæri, quantum inde singulis tribuatur. De quantitate item legatorum ita cautum est lege Falcidia, ne supra dodrantem hereditatis legare liceat. Inde & illud quæri oportet, num tantum legatum sit ut dodrantem hereditatis excedat; & si excadit, quatenus id factum sit, ut eatenus legata minuantur. Ac de re pluribus legata, quantum in ea singulis datum sit, videamus.

IV. In quo prima hæc quæstio est, utrum solidum singulis, an partes rei datæ sint. Et placet, si duobus (quod de duobus dico, etiam in multo pluribus intelligendum est) si duobus, inquam, res eadem legata sit, puta Titio, & Mævio fundus Cornelianus: si quidem conjunctim legata sit, citra controversiam singulis partes datas videri; ut quanvis forte unus partem petendo, non eam partam, sed rei æstimationem abstulerit, non ideo tamen alter possit totum fundum vindicare, sed solum partam; aut si vindicet, possit doli mali exceptione summoveri. *L. duobus.* 85. *D. de leg.* 1.

V. Idemque est, si unus rem vindicet totam, alter ex testamento personali actione agat. *L. si pluribus.* 33. *de leg.* 1.

VI. Quod si res pluribus legata sit separatim, veluti Titio fundum Tusculanum do lego: Mævio eundem fundum Tusculanum do; habet hæc species has dubitationes duas. Priorem quidem, videaturne hic duobus res legata esse, ut verba duos exprimunt: an potius ex sententia testatoris uni dumtaxat, puta posteriori, quasi quod huic postea separatim, & in solidum datum est, priori sit adamptum. Alteram, si duobus rem legatam esse placet, utrum legata videatur singulis solida, an vero singulis ejus tantum partes datæ, quas concursu inter se faciant.

VII. Et si de voluntate testatoris aperta quæritur, nihil dubii esse debet, quin quod ille aperte in hanc, aut illam partem se valle ostenderit, id ratum habendum sit. Sic enim lex est duodecim tabularum, ut uti quisque lagassit suæ rei, ita jubeat jus esse. *L. verbis. D. de verbor. significat.* Proinde quod ille primo dedit, non dubitabimus, quin secundo dando possit priori adimire; & si adimere voluerit, quin ita sit ademptum, ut solidum translatum sit in posteriorem. *d. L. si pluribus.* 33. *de leg.* 1. [a] *L.* 5. *D. de adi. leg.* Id autem sensisse videbitur, sive verbis expressit, sive ita dixit, quod Titio legavi, id Sejo do lego; *d. L.* 5.

VIII. Ex contrario quoque si duobus eamdem rem testator ita legaverit, ut appareret, eum utrumque solidum accipere voluisse: non magis dubitabitur, quin & hic voluntas testatoris servanda sit. Non sane ut uterque rem in solidum habeat, quod fieri non potest: ejusdem enim rei duo in solidum domini esse non possunt: *L.* 5. §. *ultim. D. comm.* sed ut uni pretium, alteri res ipsa præstatur: electiona rei vel pretii servanda ei, qui prius de legato litem contestatus fuerit, ita tamen, ut qui unum elegerit, non possit ad alterum redire. Hæc in [b] *d. L. si pluribus.* 33. *in fi. D. de leg.* 1.

IX. Sed hæc, inquam, in voluntata aperta testatoris dicta sunt. Quod si nihil amplius proponetur de voluntate testatoris,

a) Gomez. 1. *Var. Resol.* 10. *n.* 24. accipit *d. L.* 5. quando expresse apparet voluntas adimendi. Alias enim creditur testator adimere uni partem, quæ alteri applicatur per conjunctionem realem. Vid. & Duar. *l. b.* 1. *de l. accr. C.* 7. ubi quoque quid juris quando summæ certæ duobus conjunctim vel separatim relictæ expedit.

b) Quam legem ceu a Triboniano corruptam impugnat A. Fab. 6. *Conject.* 2. *p.* 250. & 50. *Err. Pragm.* 3. *p.* 1195.

ris, quam duobus res legata esse separatim, de quo nunc quæritur: placet, si omnes ad legatum veniant, nihil amplius singulis, quam partes viriles datas videri. *d. L. si pluribus*, 33. Et recte: non enim si quod uni legatum est, idem alteri legetur postea, ideo testator priori legatum ademisse videtur; cum nihil prohibeat duobus ita rem legare, ut ambo ad legatum veniant. Quod si venient: cum nihil proponatur legatum esse, nisi res una, non autem res, & ejus æstimatio, in quibus sunt duo legata: res autem una in solidum duorum esse non possit: *d. L.* 5. §. *ultim. com.* necessitas eo rem deducit, ut hic legatum in partes inter legatarios scindi oporteat, quas concursu inter se faciant, ut veteres loquebantur. *L. conjunctim*, 80. *D. de leg.* 3. *L.* 3. *D. de usufru. acc.* ita fit generalis definitio illa, quæ traditur de hoc genere in §. *si eadem. Inst. de leg.* si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, legatum inter eos scindi. In hac autem divisione, si partes adjectæ non sunt, placet, viriles, & æquas inter legatarios servari. *L. legata.* 19. §. *ult. L. servus.* 67. §. 1. *D. de leg.* 1. Dum tamen hic illud admoneamus, si ex his, qui ad eandem rem vocantur, quibusdam legata sit conjunctim, seu una oratione; aliis disjunctim, idest, diversis orationibus: conjunctos in partibus faciendis unius personæ potestate fungi *L. plane.* 34. *in princ. de leg.* 1. Exempli caussa, tribus fundus Sejanus legatus est ad hunc modum: Primo & Secundo fundum Sejanum heres meus dato: eundem fundum Tertio dato. Tres isti ad legatum concurrunt. Quæ partes fient? Non tres pro numero personarum, sed duæ, quarum unam Primus & Secundus ferent, Tertius solus alteram. Quia ad hunc fundum vocati sunt, tertius a cæteris separatim: priores duo conjunctim; quos ideo pro una persona haberi oportet, hac ratione, ut est apud Justinianum, quia conjuncti propter unitatem sermonis in unum quasi corpus redacti intelliguntur *L. unica.* §. *sin vero quidam. C. de cad. tollend.*

X. Ergo re eadem duobus, pluribusvo lagata, tantum est singulis in legato, quantum diximus: partes scilicet duntaxat, divisæ pro numero personarum; dum semper meminerimus conjunctis, & disjunctis ad eam rem permixstis, conjunctos unius personæ vice fungi. Sed hactenus sunt hæ partes, si omnes, quibus eadem res legata est, ad legatum veniant, id est, omnes legatum agnoscant, & velint ad se pertinere: quam conditionem hucusque posuimus. Quod si unus non veniat ad legatum, vel quia ab initio non fuerit in rerum natura, vel quia non constiterit in ejus persona legatum, vel quia cum constitisset, aliquo modo defecerit, puta quod repudiaverit legatum, aut prius decesserit, quam dies legati cessisset; aut etiam, vivo eo, legati conditio defecerit: quæstionis est, an portio deficiens apud heredem manere debeat, an vero totum, quod legatum est, ad collegatarium pertineat. In qua specie varie scriptum a veteribus legimus, ut sunt eorum scripta, quæ in Pandectis relata sunt. Quibusdam in locis generaliter traditur, si unus ad legatum non veniat, totum ad collegatarium pertinere, sive separatim, sive conjunctim res legata sit. §. *si eadem. inst. de leg. L. si duobus.* 16. §. *ult. L. plane.* 34. §. *si duobus. D. de leg.* 1. Alii sunt loci, in quibus contra diserte scriptum est, re duobus conjunctim legata, ita partes ab initio fieri inter legatarios, ut qui partem non capit, partem tamen faciat collegatariis, id est, sic in eo res habeatur, ut quasi is partem caperet, ita & pars vacet, nec pertineat ad collegatarios; atque ita fiat, ut hi solam partem habeant, quæ ab illis data est. *L. plane.* 34. §. *si conjunctim. L. hujusmodi.* 84. §. *si Titio. L. si duobus.* 16. *in princ. D. de leg.* 1. Quam hæc nulla distinctione conciliari possint, ut quidem in Pandectis scripta sunt, & ut est constitutio Justiniani de differentia vetere legatorum sublata, disserui copiosius, & satis probasse mihi videor in commentario ad *Titulum de rebus dubiis, ad L.* 5. §. *ult. & leges sequentes. eod. Tit.* quem commentarium ut in titulo non solum ad hanc partem, sed & ad alias innumeras hujus argumenti de legatis pertinente; infra ad calcem hujus libri adjecimus. Sed in hujusmodi aliqua distinctione reperienda non est hodie nobis laborandum. Ut enim maxime probabilis aliqua inventa esset, tamen ea non uteremur: quia omnis hic distinctio constitutione Justiniani sublata est, & cautum generaliter de omni genere legatorum, tum de omnibus legatariis, ut quoties pluribus eadem res legata est, sive conjunctim, sive separatim; si unus ad legatum non perveniat, sive eo fiat, quia deficiat; sive ideo, quia legatum in persona ejus ab initio non constiterit, ut legatum pro non scripto haberetur; semper placeat, totum ad collegatarium pertinere. Hoc Justinianus in *L. unica.* §. *in primo. &* §. *ubi*

§. *ubi autem. C. de cad. toll.* Et hoc sequimur scilicet, repudiatis, vel potius sublatis iis locis, qui io coetrariam sententiam exstant ie Pandectis, quibus Justiniani coestitutio ex professo derogavit. *d. L. unica. §. in primo. & §. ult.* Quo constituto, quonmodo satisfiat illi alteri constitutioni Justiniani, qua negat in Pandect's ullem contrarium reperiri. *L. 2. §. contrarium. C. de vet. jur. enuc.* osteedi ad eamdem illam. *L. 5. §. ult. de reb. dub.* Ex quo loco pleniorem hujus partis disputationem peti malo, quam huc otiose transcribi.

XI. Ergo illuc redeo, ut ne pluribus legata, quocumque modo legata sit, & quibuscumque legata, si unus ad legatum non veniat, quocumque modo id accidat, vel quia non sit in rerum natura, nec unquam fuerit, vel quia non constiterit legatum in ejus persona, vel quia cum constitisset, aut repudiarit legatum, aut ad id pervenire non potuerit morte præventus, vel defectus conditione: per omnia statuamus, portionem deficieotem, ie quam alius substitutus datus non sit, non redire ad heredem, sad ad collegatarios pertinere. Omnibus autem recusantibus tum deuum legatum apud eos remaneere, a quibus derelictum est. *d. L. unica. §. ubi autem. C. de cnd. toll.* Quo jure cum pars deficiens alteri parti quæ collegatario quæsita est, accrescat; iden hoc jus dictum est jus accrescendi *L. 1. in pr. §. interdum. §. pen. & ult. L. 3.* tota. & pene toto *tit. D. de usuf. acc.* Hinc de jure accresceodi quærendi occasio primum nata io legatis. Ex quo & illud intelligetur, qeantum per hauc accessioeem iecipiat esse io legato eorum, quibus pars deficiens accrevit.

CAP. XXI.

De jure accrescendi in legatis.

Proponuntur quæstiones quinque. I.
Non esse jus accrescendi nisi inter conjunctos. II. VI.
Hi sunt, quibus eadem res ab eodem legata. III.
Inter eos, quibus res diversæ relictæ, quanvis verbis conjunctos, jus accrescendi non est. IV.
Item nec inter eos, quibus eadem res a diversis relicta. V.
An portio deficiens omnibus conjunctis accrescat, in eo duæ leges, & quæ sint. VII.
His solum accrescere, qui partem suum agnoverint. VIII.
Quid si horum alii aliis magis conjuncti. IX.
Si eadem res conjunctim legata: ut Titio, & Mævio fundus: volenti tantum accrescit. Sin separatim, ut sint re tantum conjuncti, etiam invito. X.
Ratio differentiæ. XI.
Singulis pro virilibus, & æquis partibus accrescit. Et conjuncti disjunctis permixti unius loco habentur. XII.
Conjunctis cum onere accrescit; sine onere separatis. XIII.
Item sine eo si in persona collegatarii, licet conjuncti, legatum omnino non constiterit. XV.
Legatarius quando deficere intelligatur. XIV.
Quæ juri accrescendi, quod servntur inter heredes cum eo, quod servatur inter legatarios communia sint, quæ ab eo discrepantia. XVI.

I. DE hoc jure in legatis hæ sunt ordine quæstinnes qeinque. Prima, ieter quos legatarios locum habeat. Secunda, quorem persona hoc jus admittit, an his pars deliciens accrescat omnibus. Tertia, quibus accrescit, utrum accrescat invitis, an solum volentibus. Quarta quatenus accrescat. Postrema, utrum cum ooere, quod deficienti injunctum erat, an sine onere. De quibus eum magna ex parte aliud servetur ie legatis, quam in hereditatibus, de his quoque nunc separatim dicemus. Si quid erit in his commuee cum eo jure accresceudi, quod in heredibus servatur, nos ad eum locum remittemus.

II. Et quod hic primum quæritur, in legatariia, similiter ut in heredibes eon est jus accrescendi nisi inter coejenctos. *L. 1. §. 1. §. interdum. D. de usuf. acc.* unde eata qeæstio de conjunctis, eorumque differeetia, quem locum tractatum vidimus in *§. triplici. D. de verb. sig. L. re conjuncti, 89. de leg. 3.*

III. Conjuuctos hic vocamus, qui verbis testatoris in eandem rem vocati sunt, aut quod dictu planius est, quibus eadem res ab eodem testatore legata est *L. 1. in pr. L. 3. in pr. D. de usuf. acc.*

IV.

IV. Quibus antem eadem res legata non est, quanvis conjuncti eint verbis testatoris, ut bis uue quidem oratione, sed res diversæ singulis legarentur, [1] non est inter eos jus accrescendi, veluti si ita legatum sit, Titio, & Mævio singulos servos do lego: aut Titio servum unum, & Mævio alterum do lego. *L. hujusmodi.* 84. §. *pen. D. de leg.* 1.

V. Sed etsi eadem res pluribus legata sit a diversis testatoribus, non sunt hi conjuncti, quibus legata est. Ex diversis testamentis, inquit Ulpianus, jus conjunctionis non contingit, eoque nec jus accrescendi. *L. si sub conditione. D. quib. mo. usufr. amit.*

VI. Ergo inter conjunctos, idest eos, quibus eadem res legate est, cum jus eccrescendi esse dicimus, non aliud dicimus, quam quod aliis verbis traditum aliis locis supra diximus, si eedem res pluribus legata sit, uno ad legatum non veniente, totum ad collegatarios pertinere, dum scilicet portio deficiens his accedit, his accrescit, & acquiritur.

VII. Postquam habemus eos, quorum persona jus accrescendi admittit; proxima quæstio erit en portio deficiens his accrescat omnibus. In eo prime hæc lex est, ut nulli eccrescat, nisi qui partem suam agnoverit. Altera, ut qui partes suas agnoverunt, non habeant elios collegatarios in eamdem rem magis conjunctos.

VIII. Primum conjunctos, & collegatarios, quibus quid accrescat, eosdem esse volumus, qui etiam partes suas egnoverint. His, qui non agnoverunt, [2] nihil potest accrescere. In hereditatibus quidem jus certum, itemque in bonorum possessionibus. *L. qui ex duabus.* §. 1. *D. de acq. her. L.* 3. & *LL. seqq. D. de bo. poss. L. si ex plurib. D. de suis & leg. her.* Sed valet idem & in legatis. *L. unica.* §. *ubi autem.* & §. *sin vero non omnes. C. de cad. tol.* Idque est, quod Papinianus scripsit, in jure eccrescendi usumfructum, quidem personæ, in cæteris rebus legatis portionem portioni velut alluvionem accrescere. *L. si Titio.* 33. §. 1. *D. de usufr.* Est enim hæc sententia, portionem defectam iis accrescere, non qui simpliciter legaterii sint, sed epud quos etiam sit alie portio, cui defecta adjungatur. Jus inde natum, quod placet, neminem rei sibi legatæ partem habere posse, & partem repudiare. *L.* 4. *D. de leg.* 2.

IX. Sed & si qui sint, qui partes suas agnoverint, si qui inter eos magis sint conjuncti, placet, his potius portionem deficientem eccrescere. Quid ergo, inter eos, quibus eadem res legata est, possunt elii aliis magis conjuncti esse? Sane, atque hinc etiam plus tributum his in jure eccrescendi. Id ex generibus conjunctorum intelligitur, quorum ideo tractatio in huuc locum incurrit, ac de singulis in hoc jure accrescendi non idem servatur. Sunt ergo quidam re tantum conjuncti, quidam re & verbis, quidam verbis tantum, *L. triplici. D. de ver. sig. L. re conjuncti.* 89. *D. de leg.* 3. Hi qui sint, & quibus verbis omnis ista conjunctio contingat, quia unsquam uno in loco certo, & definite declaratur, ac ne in illis quidem, qui sunt de hac parte ex professo, ut *d. L. triplici. d. L. re conjuncti.* exposui pluribus in eo jure accrescendi, quod servetur inter plures heredes libri superioris Cap. XIII. ubi & in eam partem disserui fusius, ut verbis tantum conjunctos vere conjunctos esse, & in his quoque non aliter, quam inter re, & verbis conjunctos jus esse accrescendi, tum qui ex his, quibus præferrentur, & essent potiores ostenderem. Quæ omnie cum sint maxime cum legatis communia, de illis tum ita dixi, ut non ad heredes solum, sed & ed legatarios oratio conferretur. Quocirca ejus partis explicationem, quæ huc pertineat, inde sumere oportebit. Tantum hic summam breviter colligam, quæ tenenda sit, cum quæritur, superioribus generibus conjunctorum in eadem re permistis, si unus ad legatum non veniat, qui in hujus portione defecta quibus sint potiores. Est autem de eo hæc Pauli sententie in *d. L. re conjuncti. de leg.* uno scilicet ex bis deficiente, qui re, & verbis conjunctus est, in hujus portione præferri aliis omnibus collegatariis eum, qui cum deficiente re simul & verbis conjunctus fuit, ita ut ad eum solum hæc portio pertineat, soli ei accrescat tanquam magis

1) Portio accrescens debet fieri ejusdem naturæ cum portione primævo; vid. Gomez. 1. *Var. Res* 10. *n.* 16. Sed si eadem res, & idem testator: nihil impedit diversas esse scripturas. Ut si Cajo fundus Tusculanus testamento, idemque Mævio in codicillis legetur, arg. *L.* 2. §. 2. *de I. Codic. L.* 9. *in fi. de adim. leg. post.* Zas. *in L* 34. §. 1. *de leg.* 1. Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. Progr.* §. 21. *n.* 12. Sed & primæ, ac secundæ tabulæ hic pro uno testamento *L.* 34. §. 10. *de leg.* 1. Duar. *Lib.* 1. *de I. accresc. C.* 5.

2) Exceptio est in usufructu aliquibus casibus *L.* 10. *de usufr. accresc. L.* 14. §. 1. *de re jud.* quæ regulam confirmet; vid. Jo. Suev. *Lib.* 1. *de Jur. accresc. C.* 4. Hinc Quæstio: An jus accrescendi ad emptorem legati transeat? Affirmat Gomez. 1. *Resol.* 10. *n.* 44. per dictam regulam, & quia nolle jura directa manent apud venditorem legati. Sed Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. Prog.* §. 21. *n.* 72. & *seqq.* licet communem hanc opinionem esse fateatur, ob ea tamen recedit, gravibus dicens impugnari fundamentis, quem vide & A. Fab. 50. *Error. Prag.* 6.

Digitized by Google

magis conjuncto, & in unum quasi corpus propter unitatem sermonis redacto, ut est in *L. unica. §. sin vero quidam. illic, hoc ita tam varie. C. de cad. toll.* Deficiente autem eo, qui eum aliis re tantum conjunctus est, hujus portionem omnibus reliquis collegatariis acquiri, nec in ea alium alio esse potiorem. Tantum ut meminerimus, inter reliquos si qui sint inter se conjuncti re & verbis, aut verbia tantum, eos in partis deficientis divisione, unius tantum personæ potestate fungi. *L. plane. 34. in pr. de leg.* Re & verbis conjunctis similes esse eos, qui verbis tantum conjuncti sint, nimirum ut, si quis unus ex his defecerit, hujus portio non accrescat omnibus etiam, qui re tantum conjuncti sint, sed solus in ea sit potior is, qui item verbis conjunctus fuit. Cujus rei, & totius distinctionis quod sit exemplum, & quam recte hæc dicantur in singulis ejus distinctionis partibus, ostendi in eodem illo loco superiore, idest, Lib. præcedentis Cap. XIV.

X. Jam tertium illud quale sit, videamus. Quibus collegatariis portio accrescit, utrum invitis accrescat, an solum volentibus. Et in hereditatibus qui ex aliqua parte heres exstitit, deficientium coheredum partes invitus accipit. *L. qui ex duabus. §. 1. D. de acq. her.* Non sic in legatis is, qui legatum pro parte agnovit; sed in eo hæc distinctio est, ut si quibus legata sit eadem res conjunctim, puta hoc modo: Titio, & Mævio fundum Tusculanum do lego: portio unius deficiens alteri accrescat volenti tantum, non etiam invito. Sin res legata sit separatim, ut dicat testator hoc modo: Titio fundum Tusculanum do lego, Mævio eundem fundum dari volo, ut sint duo conjuncti re tantum, verbis & orationibus diversis separati: hic contra eveniat, ut, qui suam partem agnovit, deficiente altero, etiam hujus partem atque ita totum etiam invitus habeat. Distinctio tradita in *L. unica. C. de caduc. tollen.* prior quidem pars in *§. ubi autem.* posterior autem in *§. sin vero non omnes.*

XI. Differentiæ ratio est, quod cum res pluribus conjunctim legata est, singuli ab initio verbis ipsis testatoris partes habent. *L. plane. 34. §. si conjunctim. de leg.* Quo fit, ut, si unus deficiat, hujus portio sic deferatur alteri, ut deferatur ei ex deficientis persona, non sua. Quod si ex deficientis persona; par est, ut cui defertur, etiam deficientis jure in ea uti possit. Fuit autem hoc, ut posset ille eam repudiare: quod & fecit. Quapropter & collegatario, cui defertur, idem licere debuit, dictante regula juris, quæ efficit, qui in jus alterius succedit, eum jure ejus uti debere. *L. qui in jus. D. de regul. jur.* Contra vero quibus res legata est disjunctim, horum singuli verbis etiam testatoris ab initio solidam rem sibi legatam habent, & habent ex sua ipsorum persona. Quæ res jam facit, ut, si quis ex his unam partem habere cœperit, etiam aliam vacantem habere [3] cogatur, quia nemo possit ejusdem rei sibi legatæ partem habere, & partem repudiare. *L. 4. D. de leg. 2.*

XII. Reliquum est, ut de divisione partis accrescentis inter plures collegatarios, & de onere ejus videamus, quod quarto, & quinto loco in jure accrescendi quæri diximus. Et de partibus portionis deficientis jus hoc commune est inter eos, quibus conjunctim aut separatim legata est, ut quibuscumque accrescit portio deficiens, si hi plures sunt, accrescat singulis [4] pro virilibus, & æquis partibus: quemadmodum & ab initio omnibus si ad legatum concurrant, æquæ & viriles datæ sunt. *L. unica. §. ubi autem C. de cad. tol. L. legata. 19. §. ult. L. servus. 67. D. de leg. 1.* Tantum hæc semper cautio hic adhibenda est, ut si in his, quibus portio accrescit, conjuncti, & disjuncti permisti sint, conjuncti unius personæ loco habeantur, nihilo plus ut accipiant omnes, quam unus ex his, qui ab illis sunt oratione disjuncti. *L. plane 34. in pr. de leg. 1.*

XIII. De onere parti accrescenti adjuncto aliud servatur inter eos, quibus conjunctim res legata est, aliud inter eos, quibus legata est separatim. Conjunctis accrescit cum suo onere: separatis sine onere acquiritur. Prius traditur in *L. unica. §. ubi. C. de cad. tol.* posterius in ea *L. §. sin vero nemo. & §. seq.* Ut puta,

3) Qui re tantum conjungit, quemlibet ex sua ipsius persona totum habere principaliter vult, in consequentiam vero si alteruter non concurrat, partem. Jo. Suev. *Lib. 3. de I. accresc. C. 2.* vid. & Duar. *Lib. 2. de I. accr. C. 1. in fin.* Gomez. 1. *Resol. 10. n. 42.* Vasq. *Lib. 3. de Succ. Progr. §. 22. n. 29.*

4) Dissent. Duar. *Lib. 2. de I. accr. C. 3.* volens proportione legati cujusvis accrescere & exemplo hereditatis *supr. Lib. 7. C. 13. N. 19.* & per *L. 41. pr. de leg. 2.* Sed virilem partem vocat diserte non tantum *d. §. 11.* sed & *§. 8. d. L. un C. de cad. toll.* ubi discrimen legati ab hereditate ipsa verba clare muniunt. Et ratio differentiæ non mala, quæ ab ipso Duareno affertur: Heredes pro qua parte succedunt, defuncti personam repræsentant. Legatarii vero non in jus universum, sed in rem tantum succedunt. Nec igitur interpretatio Duareni probanda virilem partem exponentis partem viri cujusque, etsi æqualis non sit ex *L. virilis 145. de V. S.*

pota, testator ita scripsit: Titio fundum Tusculanum, & Mævio eumdem, si heredi decem dederit, do lego. Si Mævius legatum repudiet, accrescet ejus portio Titio: volenti quidem, ut ante diximus; sed tamen eadem conditione, ut prius decem heredi dare debeat. Quod si ita scriptum sit: Titius fundum Tusculanum do lego: Mævio eundem fundum do lego, si decem heredi dederit. Mævio repudiante, Titius solidum fundum, invitus quidem, ut & ante diximus, sed tamen sine onera habebit. Hujus distinctionis eadem illa ratio est, qua paulo ante fieri diximus, ut portio deficiens ei, cui conjunctim legata est, volenti acquiratur; ei autem, cui legata est separatim, acquiratur invito. Nam si verbis conjunctus deficientem portionem ex persona deficientis accipit; ut accipere eum ostendimus: quemadmodum hæc res facit, ut in jus deficientis succedens jure ejus uti possit ad repudiandum: ita hoc in contrarium valet, ut in jus ejus succedens eodem jure uti debeat ad onus illi injunctum subeundum. Id enim significat regula juris, qua traditur, eum, qui in alterius locum succedit, eodem jure uti debere. *d. L. qui in jus. de reg. jur.* si quidem hoc est eodem jure uti, cum in commoda, & incommoda, seu onera succeditur. §. *ult. Inst. de loc. & cond.* Contra si is, cui separatim res legata est, habet eam ab initio solidam, & ex sua persona, ut habere eum verba legati aperte ostendunt: [5] non est æquum, ut ex persona deficientis onus aliquod subeat, qui ex persona ejus nihil accipit. *d. L. unica. §. si vero nemo.* & seq. *C. de cad. tol.* Sed hæc distinctio locum habet in parte deficiente, de qua & locuti sumus.

XIV. Deficere autem intelligitur, quæ in persona alicujus utiliter ab initio legata est, ut legatum consisteret, deinde casu, aut voluntate legatarii factum est, ut is ad legatum non veniret. Sic enim fit, ut qui ad legatum rite vocabatur, & cui legatum ab initio procedere cœperat, is inter moras, & velut in madio cursu deficiat, & una quoque pars ejus, quæ eodem modo procedans, post & ipsa similiter intercidit. Non dicitur autem legatarius deficere, si nunquam nec ab initio legatum in persona ejus constitit, sed legatum pro non scripto est, eoque nec deficere dicenda est pars ejus, quæ in eo nunquam initium habuit. Ac tale est, si quid relinquitur ei, qui in rebus humanis non est, aut ei, qui ex testamento capere non potuit. *L. 3. D. de his quæ pro non scrip. hab.*

XV. Ad hanc vero partem, quæ vacat non minus, quam si legatarius defecisset, & quæ non minus collegatariis accrescit, superior distinctio non pertinet. Nam ut maxime conjunctim legatum sit Titio, & Mævio qui decesserat, idque cum onare dandorum a Mævio decem: placet tamen, partem, quæ Mævii futura esset, si ad legatum pervenisset, Titio [6] sine ullo onere accrescere; quia non possit dici capi ex persona Mævii, in cujus persona nunquam constiterit. Hoc Justinianus in *L. unica. §. in primo. C. de cad. tol.*

XVI. Ex his intelligi potest, quæ juri accrescendi, quod servatur inter heredes, cum eo, quod servatur inter legatarios, communia sint, quæ ab eo discrepantia. Communia hæc, ut sit inter omnes ad eamdem hereditatem, & eamdem rem vocatos jus accrescendi. Ut deficientis, & non deficientis portio vacans accrescat iis, qui suas partes agnoverunt. Ut accrescat non semper omnibus; sed ita, ut si conjuncti, & disjuncti permisti sint, uno ex disjunctis deficiente, tum accrescat omnibus. Sin deficiat unus ex conjunctis, hic reliquis conjunctis accrescat solis, non etiam his, qui verbis separati, re tantum conjuncti sunt. Ut ita conjuncti in ea portione disjunctis sint potiores. Quæ omnia diligenter a me exposita cum sint in eo jure, quod locum habet inter heredes, non putavi faciendum, ut hoc loco supervacue inculcarentur ea, quæ inde peti possent, nec minus ad legatarios pertinerent. Postrema illa tria inter utrumque jus dissimilia: quod portio heraditatis deficiens accrescit coheredihus invitis: accrescit pro hereditariis eorum partibus, quæ partes non semper sunt æquales: accrescit semper cum onere. *L. unica. §. in his itaque. C. de cad. tol.* Quæ cum omnia

5) Ita & Gomez. a. *Resol.* 10. n. 43. quia re tantum conjunctus non ab alio consequitur per jus accrescendi, sed jure proprio per jus non decrescendi retinet totam rem postquam alius per concursum consequi noluit. Sed Ant. Fab. 60. *Error. Pragm.* 3. absurde, citra ac juris rationem Justinianum hoc discrimen invenisse, ac potiorem conditionem re tantum, quam mistim conjunctorum fecisse contendit, Imperatorem ipsum pluribus insectans. In quo refellendo, brevitatis studio nunc non immoror.

6) Et tunc gravamen non habet radicem, & fundamentum, cui innitat. Quando autem pars quasi caduca, vel caduca, gravamen, quod semel valuit in persona Primi ex post facto durat Gomez. *d. n.* 43. Ubi autem cum onere accrescit, tantum cum eo, quod in dando, vel si in faciendo, quod æque per alium impleri potest, cujus declaratio petenda ex *L. un. §. ne autem* 9. *C. de Cad. tol.*

omnia dissimiliter observarentur in jure accrescendi, quod est inter legatarios, ideo necesse habuimus de his hoc loco separatim dicere. Differentiæ rationes si quis requiret, poterit ex superiore illa tractatione, quæ nobis fuit de jure accrescendi inter heredes, non difficile cognoscere. Certius etiam, si cum tractatione hujus loci conferet.

CAP. XXII.

Minui legata & tunc, cum supra dodrantem legatum est, id effectum esse lege Falcidia. Ejus legis occasio quæ: Ejusdem legis capita, & eorum brevis interpretatio.

L. Falcidia minuitur legatum ex quantitate legatorum, cum dodrantem excedunt. I.
Hæc lex tribunitia est, seu plebiscitum. II.
Ejus ferendæ quæ nam causa. III.
Ejusdem quatuor capita, eorumque interpretatio. IV. seqq.

I. Quemadmodum minuitur legatum ex numero legatariorum, ut proinde re pluribus legata, quærendum sit, quantum in eam redeat ad singulos; ita minuitur, ut propositimus, & ex legatorum quantitate. Ut hic quoque de quantitate legati cujusque quærendum sit, quantum ob eam caussam detrahatur, quantum in eo relinquatur. Id fit, cum legata testamento relicta dodrantem hereditatis excedunt. Quod quia effectum est lege Falcidia; ideo de hac parte ex ea lege ejusque sententia constituemus; id ut fiat commodius, initio & legis ferendæ occasione, & legis verba, addita bravi interpretatione proponemus.

II. Legem Falcidiam a Cajo Falcidio tribuno plebis latam fuisse Augusti [1] temporibus, inter omnes jam convenit auctore Dione, [2] in Augusto, & Eusebio in Chronicis, cujus etiam rei mentio est apud Gratianum ex Isidoro in *C. quædam. II. dist.* Itaque lex Falcidia [3] plebiscitum est, quæ ita lex dicitur, ut lex Aquilia, quæ & ipsa est plebiscitum. *L.* 1. *D. ad leg. Aquil.* Utraque scilicet lex tribunicia. Sic enim & plebiscita dici cœperunt, posteaquam lege Hortensia lata effectum est, ut non minus populus plebiscitis, quam legibus a Consule latis teneretur: idest, ut nominibus ista inter se differrent, vis & potestas esset eadem, ut Pomponius scribit in *L.* 2. *de orig. jur.* Lege autem Falcidia modus legatis impositus est, ait Justinianus *Tit. Inst. de leg. Falc. in pr.* utpote quia ita cautum est, ne supra dodrantem hereditatis legare liceret, dum hoc scilicet cavet, ne minus quam quartam partem hereditatis heredes ex testamento caperent.

III. Caussa & ratio ferendæ legis hæc fuit, quæ a Justiniano brevius indicata sub eod. Tit. de lege Falcidia, paulo pluribus exponenda est. Nam cum lex duodecim tabularum hæc esset: *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, qua lege liceret testatoribus vel totum patrimonium legatis erogare, nihil ut apud heredem maneret præter onus, & molestiam æris alieni: necesse erat, cum hac licentia testatores usi essent, suprema eorum judicia destitui, [4] recusantibus scriptis heredibus nullo suo, aut quam minimo lucro hereditatem adire: idest, maximis interdum, nec necessariis oneribus implicari. Quod cum non ipsis solum testatoribus inutile esset, sed etiam publice omnium interesset supremas testantium voluntates exitum habere: visum est, ex usu esse reipublicæ ad eas retinendas, heredes ad hereditatem

1) Ita & Govean. *in Præfat. ad h. tit.* n. 1. & 2. Vult. *in pr. I. h. t.* & *in* §. 4. *I. de I. N. G. & Civ.* n. 2. Hæc enim generalior est legis significatio, ut in *L.* 1. §. 1. *Unde cogn.* vid. Briss. *in Lexico verbo Lex.* Mattæe. *Lib.* 2. *de Via Jur. C.* 22. n. 2.

2) Anno A. V. C. 714. vid. Walth. 2. *Miscel.* 16. Duaren. 2. *Disp.* 10. P. Greg. 42. *Synt.* 34. *n.* 3. Ab auctore itaque nomen habet. Accurs. *in L.* 1. *h. t.* putat, sic dici a falce, quod defalcet, & amputet legata, sicuti falx, vitem, ac segetes, Azo *in summa* C. *h. t.* n. 1. Hermenop. *Lib.* 5. *Promptuarii Tit.* 9. §. 1. Falso quidem, sed si ad allusionem vocis respiciamus non inepte, Meret. *Tr. Quartarum* C. 1. n. 17.

3) *Lib.* 48. *pag. mihi* 378. qui tamen in referenda legis sententia fallitur, dum putat, quadrante excepto, potuisse heredem reliquum dimittere. Unde arguitur ab Alciat. 5. *Parerg.* 24. Balduino *ad Rub. I. h. t.* n. 4. & Chiflet. *de Port. Legit. C. ultim.* Sane familiare est aliis auctoribus, ut sæpe labantur in referendis iis, quæ ad jus pertinent. Sicut & Euseb. in *L.* Falc. sententia erravit. Vid. Aymar. Rivall. *Lib.* 2. *Hist. Jur. Civil. sub finem.*

4) Nullius igitur magis interfuit, quam testatoris, & ipsorum legatariorum, libertatem legandi coarctari. Et consulitur L. Falcid. tam heredibus, quam legatariis, & ipsi testamento, Balduin. *de L. Falcidia*; vid. P. Greg. 42. *Synt.* 34. n. 27. & 2. *seqq.*

Digitized by Google

tem adeundam justo aliquo lucro invitari. Quod ita fieri posse visum est, si legatis modus injiceretur, ut cum non omne patrimonium exhaustum forat, esset aliquid videlicat, quod beredi relinqueretur. Ea res duabus legibus Furia primum, deinde Voconia tentata, nec tamen perfecta est. Lege Furia cavabatur, ne plus quam mille assium legatum, mortisve caussa capere liceret: Quod si quis majorem summam sibi relictam accepisset, tunc quanto amplius, quam per legem liceret, cœpisset, uti ejus quadruplum redderet. Auctor Theophilus in *Inst. eodem titulo.* Auctor Ulpianus in fragmentis *Inst. tit.* 1. Atqui potuit, qui quinque millia in bonis babebat, quinque legatariis milleuos relinquere, ut in legem non inciderat, nec tamen isto modo quidquam lucri heredi reliuqueretur. Ergo cum hac ratione fieret, ut nihil beres, totum legatarii habarent: visum est, huic incommodo ita occurri posse, si hoc præterea constitueretur, ne plus legatarius baberet, quam hares. Sic enim fore, ut cum pluribus intra mille asses testator legavissat, tamen quidquid id esset, tantumdem saltem haredi relinquere cogeretur. In quam sententiam deinde lex [5] Voconia lata est, ut idem Theophilus scribit. Sed ne hoc quidem ad id, quod volumus, obtinaudum satis. Quid enim, si ut Theophilus recte explicat, cum testator centum solidos in bonis haberet, nonaginta novem lagatariis siugulos solidos reliquerat? Hic quidam legi satisfactum ast, quod beredi unus solidus tribuatur, idast tantum, quautum cuivis, a lagatariis. Nemo taman ob unum solidum totius hereditatis onera temere susceperit. Quare cum [6] neutra lax id assequeratur, cujus caussa maxime inventæ, & constitutæ erant, ut heredibus tantum relinqueretur, quantum ad eos ad hereditatem capessandam invitandos satis esset: ad extremum lax Falcidia lata est, qua huic rei diligeutar, & recte prospectum est. Cœpit enim ax ea deinceps intalligi, quantum esset, quod heredibus relinqui oporteret, quod in omni hereditate sufficeret ad id, ut hereditatem agnoscere non recusaremus. Constitutum est namque, ut dixi, ne plus legare liceret, quam dodrantem bonorum. Quod facere lex intelligitur, dum jubat ita lagari, ne siva unus hares institutus sit, sive plures, apud eum, eosve minus, quam quarta pars hareditatis remaneat.

IV. Ejus legis [7] quatuor fuisse capita doctissimis viris placuisse video. Nec aaua res subtili collactione iudiget, si quis id ostendare velit. Tria in Pandectis sub boc titulo exstant iu L. 1. Quartum desideratur, de quo postea. Tria illa, quæ leguutur in *L.* 1. ita rastituta sunt a Duareno *Lib.* 1. *Disputat. Cap.* 58. ut aiva ex ingenio restituerit, & suo marte, sive ab Æmaro Rauconato acceptum nobis tradiderit, ut ipse de se profitetur: restitutionam doctis viris dignam esse appareat, nac minus nobis retinendam. Qua & nunc utamur, adjecta bravi iutarpretatioua, quæ cujusque capitis occasiouem, & scopum indicet.

V. Primo capita lax liberam legandi facultatem dedit, his verbis: *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet,* [8] *quam pecuniam, quasque res, quibusque dare legare volet, jus potestasque esto, ut hac lage sequanti licebit.* Hoc ita initio cavari ad [9] abrogandas superiores leges necesse fuit. Quauquam enim satis jam ante libera hæc potestas legandi lege duodecim tabularum fuit: tamen ea postea lege Furia, & Voconia imminuta erat, cum altera lage supra mille aureos legare non liceret: altera hac non amplius, quam quantum haradi reliuqueretur. Ea igitur potestas hac lege restituitur; sed ad modum, modus sequanti capite subjicitur. Hoc enim est, quod in extremo hujus capitis dicitur, jus potastasque esto, ut bac sequanti lege licabit. Ubi apparat, legem dici quodvis caput legis certi aliquid de re aliqua constituens. Sic quodvis adicti caput, recte edictum dicimus. Quam appal-

5) Quæ eadem & liberalitatem testatorum in mulieres cohibuit, de qua vid. *not. supr. Lib.* 6. *C.* 17. *N.* 15.

6) Govean. *in Præfat. ad h. tit. n.* 13. *& seq.* Vult. *in princ. L. h. t. n.* 3. Matthæus. *Lib.* 2. *de Vui Jur. C.* 32. *n.* 2. *&* 3.

7) Duaren. *ad h. t. D. C.* 8. putat, plura fuisse capita per *L.* 81. §. *ult. h. t.* Sed quæ ibi, refert noster *infra* ad 4. *Caput.*

8) Ita & Balduin. *de L. Falcid. pag.* 34. vulgo legitur, *ut eam pecuniam, easque res*, Duar. *d. C.* 58. errorem inde natum, quod olim confundi solitæ *Q. & C.* Sic enim reperimus *relicum: loci cond.* pro *reliquum &c.* (Cujus etiam commutationis plura exempla affert Raev. Forner. 1. *Rer. quotid.* 30.) Cum autem nullus sensus esset verborum *cam* & *cas*, factum, ut reponerentur *eam* & *eas.* Cujac. *in Par. C. h. t.* legit *sam pecuniam, sasque res*, pro *suam*, & *suas*, ἀρχαικῶς. Male, cum & alienæ res ac quidem a sciente legari possint. Sane levius culæ hæ emendationes, quæ sententiam loci non pervertunt, nec ex ea quid immutant, alias æquanimius ferri possunt. Vulgari tamen lectioni sensus constare poterit, si per elipsin subaudiamus verba, *qua de agitur*, vel *qua de testari vult*, &c. Sicuti & in formula interdicti quæ prodigo ex 3. *Sent.* Pauli 4. §. 7. tibi *ea re* interdico.

9) Duar. 2. *Disp.* 10. Et sic accipiendum quod in *d. L.* 1. *pr.* dicitur. Lex Falcidia liberam legandi facultatem *dedit.* Non significatur quod datam lege 12. tabb. confirmaverit, sed quod eam, cui plurimum per LL. Furiam, & Voconiam derogatum, integram restituit, Duaren. *h. t. C.* 1.

pellationem cum in nostris Interpretibus irrideat Valla tanquam ineptam, & absurdam, dum singula legislationis Justiniani capita leges vocant: quam recte id faciat, ex hoc loco intelligi potest. Hoc ille Lib. IV. *Elegan. Cap. XLVIII.*

VI. Secundo igitur capite, & eo sequenti lex potestatem liberam legandi, quam prius posuerat, temperat, & simul legatorum modum constituit, bis verbis: *Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus potestasque esto: dum ita detur*, [10] *legetur, ne minus quam quartam partem hereditatis ex eo testamento heredes capiant.* Quod ait lex, quantam pecuniam jure publico dare legare volet; hoc significat, quantam pecuniam legare volet, uti per leges, & jus commune legare licebit. Quod civi Romano permittit testamentum facere; quod concedit legari civi Romano, idque jure publico, temperamentum illud est, quod dixi, quo significat, ita se liberam legandi potestatem superiori capite dedisse, ut tamen velit in eo formam testandi jure publico constitutam servari. Secundum quam neque omnes testamentum facere possunt, sed solum cives Romani; neque omnibus legari potest, sed solum civibus Romanis: neque his ipsis legari res omnes, neque quovis modo, neque ubivis, neque quibuslibet adhibitis solemnibus legare licet. De quo satis dictum est a nobis supra suo loco. Jus autem publicum veteres dixerunt, non tantum jus ad statum rei Romanæ pertinens, ut in divisione juris publici, & privati. *L.* 1. *D. de justit. & jur.* Sed etiam ut significarent jus commune etiamsi esset privatum; quia & id non ad certas personas, sed in commune ad omnes pertinet. Terentius in Phormione, *An ne id quidem adipiscar ego, quod jus publicum est?* sic accipitur in *L.* 2. *C. ne uxor pro mar. L.* 1. *C. si ad fisc.*

VII. Tertium caput est in hæc verba: *Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto: Isque heres, qui eam pecuniam dare jussus, damnatusve erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est*: Quid est hoc sine fraude sua? Potestne qui legatum ab herede capit, cum id hac lege, id est jure optimo faciat, aliter quam sine dolo malo suo capere? Tum autem quid omnino hoc capite opus fuit? Recte hoc a Francisco Duareno [11] intellectum est, idque ipsum quid hac lege agatur intuenti est in promptu; & primum illud caput, quod est de potestate legandi, & hoc tertium ad superiores illas leges, quas dixi, referri debere. Cum ergo lex Furia testamentaria supra mille asses legare prohiberet: si quis plus cepisset, adversus eum quadrupli pœnam constitueret: sicut illud jam ante lex Falcidia sustulit, quod vetabatur testator supra eam quantitatem legare; ita hoc capite cum amplius legatum erit, vult ita legatario id capere licere, ut id sine fraude sua faciat. Sine fraude, id est, *sine ullo periculo, pœnave sua*, quæ superioribus legibus irrogabatur. Id enim fraus significat in legibus, non tantum *delictum* sed etiam *pœnam & animadversionem*, quæ semper delicto comes est adjuncta. Ut qui neget aliquem extra fraudem esse, hunc quoque a pœna immunem dicat; & contra qui pœnæ neget obnoxium, hunc significet nihil deliquisse. Ex quo, ut dixi, factum est, ut id sine fraude nostra facere diceremur, in quo cum nullum nostrum delictum esset, nullum etiam periculum, nullam pœnam aut ignominiæ, aut corporis, aut pecuniæ metuere deberemus. Livius *Lib.* 1. ab urbe condita: *Fecialis ex arce graminis herbam puram attulit, postea regem ita rogavit: Rex, facisne me tu regium nuntium populi Romani Quiritium? Vasa comitesque meos? Rex respondit, quod sine fraude mea, populique Romani Quiritium fiat, facio.* Id est, quod sine periculo, & dedecore meo, populive Romani fiat. Eodem referri debent illa verba ejusdem capitis tertii, quæ sequuntur: *Isque heres, qui eam pecuniam dare jussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.* Quod enim lege Voconia cautum erat, ne amplius legatarius caperet, quam heres, eam vim habebat, ut si quid amplius legatum esset, ne heres dare cogeretur. Nunc autem his verbis jubetur dare: ut hoc plusquam manifestum sit, etiam hanc partem ad superiores leges abrogandas pertinere.

VIII.

10) Ita & Cujac. *in Par. C. h. t.* vulgo legitur, *detur legatum*, eadem sententia.

11) 2. *Disput.* 10. & *h. t. C.* 7. Gorean. *in L. pr. h. t. n.* 18. & Forner. *ad L.* 131. *pr. de V. S.* quia fraus sæpius pro pœna *L.* 25. ad *L. Jul. de Adult. L.* 23. §. 2. *de adul. ed.* Paulus *Lib. sing. de Adult. in tit.* 4. *collat. LL Mosaic.* ubi Pithœus *in not.* refert ex Servio in 11. *Æn.* Fraudem veteres pœnam vocasse, ab eo, quod præcedit, id quod sequitur, & Gothof. *in d. L.* 131. n. 4. propter arctissimam causæ, effectusque copulationem per metonymiam fraudem hic significare pœnam.

VIII. Quartum eaput desiderari diximus. Necesse vero fuit in hanc rem snbjeetum esse, *ut* si *su*pra dodrantem hereditatis legatum esset, quid juris esset de obtinenda illa quarta heraditatis, eonstitueretur. Vis*um* est igitur Enguinario Baroni, quod & mihi videtur, eompositam fuisse in hanc sententiam, qu*æ* sequitur. Ille enim suo arbitratu concepit: ego hoc modo non incommode restitui posse arbitror, ut sit: [12] *Si quis adversus ea, quæ suprascripta sunt, supra dodrantem eorum bonorum dederit, legaverit, quæ bona, cum moreretur, ære alieno, funeris impensa, pretiis servorum manumissorum ante deductis habuit; quod amplius erit de singulis rebus, quæ datæ legatæ erunt, retinere heredi liceto: præterquam si dos mulieris, aut res illius* eaussa *paratæ ipsi legatæ fuerint.* Et vero in qnantitate patrimonii exquirenda, scribit Cajus, jussum esse, aut ut in Pandeetis Florentieis legitur, visnm esse tempus mortis spectari. *L. in quantitate.* 73. *in princ. D. ad leg. Falcid.* A quo jussum? Nempe a lege. Cui visum? Nempe legi. De quarta autem de singulis rebus dedueenda, idem his verbis scribit: si legata excesserint dodrantem, pro rata portione per legem ipso jure imminuuntur. *d. L. in quantitate.* 73. §. *ult. eod.* Qeod superest, idem aperte de dote, aliisqua rebus uxoris eaussa paratis, testatur, ut hæ extra modum legis essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum fuisse. *L. sed ususfructus. in fin. eod.* Illud haud scio, an lege expressum sit, an satis ex sententia legis per interpretationem aeeipiatur, quod traditum est, aete omnia enm de patrimonii quantitate agit*ur*, dedueendum æs aliennm, funeris impensam, & pretia servorum manumissor*um*. Tune dem*um* in reliquo ita rationem habendam, ut ex eo q*ua*rta pars apud heredem remaneat. §. *ult. Inst. eod. tit.* Hoc quidem probabile est, nominatim lege eautum. Neque eeim per interpretationem facile effieeretur, si tant*um* illud dictum esset, ne snpra dodrantem hereditatis legaret*ur*. *Hereditatis* enim verbum commoda, & ineommoda continet, nt nou videatur supra dodrantem legatum, si quadrans omni*um* rer*um*, quæ mortis tempore fuerunt, apud heredem remaneat, tametsi æs alienum ex alia parte immineat, quod de isto quadrante debeat solvere heres institutus. Et tameu non ignoro etiam ex sententia legis deduetionem istam æris alieni, & eæterarum rerum non male accipi posse. Legis enim mens, & sententia hæc est, nt quemadmodnm legatarios jubet dodrantem capere, ita velit heredem q*ua*rtam partem hereditatis babere, quæ ap*u*d illum maneat. Id quod nequaquam fiet, si ea deinde ære alieno abs*u*metur. Ut proinde intelligi debeat, sic beredes q*ua*rtam partem hereditatis ex lege capere debere, nt nihil inde decedat. Quod si fit, nimir*um* illa ante deducenda erunt, q*uæ* diximns. Utcnmque est: eum de h*u*jus legis sententia ista ante omnia dednceuda sint, nihil oberit sie exprimi, ut statim etiam, nec longius petita collectione intelligantur. Nune de legis sententia videamus.

CAP.

12) Duaren. 1. *Disp.* 58. hoc 4. *Caput.* ita eum Ranconeto concipit: *Si quis aliter quam hac lege liceat, pecuniam dederit, legaverit, heredi quartam partem ejus pecuniæ, quæ data, legata erit, ex eo testamento retinere liceto.* Idem hoc *tit. Cap.* 8. hoc quartum Caput fuisse de retentione probat *ex Cajo* 2. *Inst. tit.* 6. §. 1. *in fin. & L. un. C. Quor. leg.* Retentionem enim habet heres, quæ utilior ipsi est actione, tametsi si per errorem tradiderit, etiam actione repetat *L.* 1. §. 11. *L.* 26. *h. t.*

CAP. XXIII.

Ad quos heredes beneficium legis Falcidiæ in quarta deducenda pertineat; seu quos heredes velit lex quartam hereditatis ex testamento capere. Et de illa regula vetere; In tabulis patris & filii unam Falcidiam servari.

Ad sententiam Legis Falcidiæ tria examinanda, & quæ sint. I.
Ea vetat ita dari legari, ne minus, quam quartam partem hereditatis heredes capiant. II.
Uno herede quomodocunque instituto, si quartam totius hereditatis habeat solutis legatis, ea contentus esse debet. III.
Pluribus institutis, in singulis ratio legis Falcidiæ ponenda. IV.
Ex duobus institutis altero deficiente, si exhausta pars ejus, qui adiit, debet is alterius accessione, per quam quartam consequatur, esse contentus, & legata a se relicta integra præstare. Sin pars, quæ accessit, quo vis jure accesserit, exhausta: ejus autem, cui accrevit, pars integra quo ad quartam, perinde poni debet ratio Falcidiæ ac si ad eum pertineret, qui defecit. V. VI.
Hujus distinctionis prior pars ita obtinet, si heres non extiterit is, cui portio non onerata delata, quæ deinde oneratæ accessit. VIII.
Posterior ita, nisi coheres, cujus pars exhausta, vivo testatore decesserit. VII.
Universæ vero distinctionis locus est in legatis eodem testamento relictis, non in his, quæ primis tabulis ab impubere, & secundis ab ejus substituto relicta. IX.
Cur hic placeat & partes hereditatis, & legata in unum contribui, cum hic quoque duo sint heredes. X.
Quo modo quæ a substituto, & secundis tabulis relicta sint, possint videri relicta ab herede, & primis tabulis. XI.
Utrumque explicntur. XII. XIII.
Spectari hic æque ut in institutis mortis tempus. XIV.

I. ET cum lex vetet supra dodrantem legari, ne minos quam partem hereditatis heredes ex eo testamento capiant, cum præterea si contra factum sit, pœnam statuat: apparet, tria esse in summa, quæ de hac lege quæri oporteat, in quibus ejus sententia versatur. Primum, quale sit illud, quod lex vetat, & ad quos heredes pertineat. Secundum, quando adversus id factum videatur, ut fiat legi locus. Tertium, si factum erit, quæ sit legis pœna.

II. Quod lex vetat, tale est. Vetat ita dari legari, ne minus, quam quartam partem hereditatis ex eo testamento heredes capiant. Nempe hoc est: ad dodrantem usque bonorum lex legare permittit: ultra dodrantem vetat. Sic enim fit, ut heredes non minos, quam quartam partem hereditatis habeant, si legata dodrantem non excesserint.

III. Et uno tantum herede instituto, res expedita est. Is si quartam partem totius hereditatis integram habet solutis legatis, legi satisfactum est, eaque quarta contentus esse debet. Nec intererit, utrum semel ex tota hereditate fuerit institutus, an vero ex pluribus partibus, ex una forte pure, ex alia sub conditione, & quædam legatis oneratæ sint, aliæ non sint. *L. in ratione*, 11. §. *quæsitum. illic*, & aliam esse caussam, *L.* 1. §. *id quod. ad leg. Falc.* unus est enim semper heres, cui non deferuntur plures partes separatim, sed conjunctim una hereditas, cujus unam partem acquirere non potest, quin reliquæ continuo ipso jure accedant. *L. cum heres*, 52. §. 1. *D. de acq. her.*

IV. Hoc quæritur, an, pluribus heredibus institutis, sufficiat legata non excedere dodrandem totius hereditatis, ut sic solida præstari debeant, quasi legi satisfactum sit; an vero oporteat, hic singolorum heredum partes spectare, & id præstare, ne testator a quoquam ex heredibus leget ultra dodrantem portionis ejus, ut si contra factum sit, possint singuli portionis suæ quartam partem solidam capere. Et hoc placuit. Idque est, quod veteres definierunt, in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse. Ut, si fingas, Titio, & Sejo heredibus institutis, totum semissem hereditatis Titii legatis exhaustum esse, sed a Sejo aut nihil legatum, aut si quid, tamen non ita, quin quarta pars totius hereditatis apud

eum

eum salva maneat; placet tamen, Titium beneficio legis uti posse, ut & ipse quartam partem portionis suæ hereditariæ possit retinere. *L. in singulis*, 77. *D. ad leg. Falcid.* §. 1. *Inst. eod.* Et vero id verba legis efficiunt. Non enim lex de uno aliquo herede cavet, sed de heredibus; nec jubet simpliciter, ut quarta hereditatis salva maneat, sed nominatim ut heredes quartam hereditatis capiant, ut appareat in hac quarta retinenda legi propositum esse, non uni alicui heredi consulere, sed ex æquo omnibus. Qod non aliter fit, quam si singuli hereditatis sibi delatæ, partem quartam habeant.

V. Et hæc ita sunt omnino, si ambo isti heredes exsistant, uti dici possit unius partem oneratam esse, alteram non esse. At quid, si ex duobus his alter deficiat, alter deficientem partem nactus totam jam hereditatem solus habere incipiat? An quia totius hereditatis quartam habet ex ea parte, quæ onerata non fuit, ideo hac quarta debet esse contentus ex lege Falcidia: an vero æque nunc ex parte onerata detrahi quarta potest, atque tunc potuit, cum is qui defecit, heres exstitisset? Cur enim quæ legata ex singulorum persona præstantur, in his etiam ratio legis Falcidiæ ex cujusque persona non habeatur? [e] Distinguitur, ut si quidem ejus pars exhausta sit, qui heres exstitit, ipse auctus alterius partis accessione, quæ quartam totius hereditatis attulit, debeat hac quarta esse contentus, & legata integra præstare: ut jam recte isto modo dicantur legatarii per deficientem hanc partem adjuvari, quibus nimirum integra legata jam præstantur, quæ integra non præstarentur, si coheres, qui ad eam partem vocabatur, heres exstitisset. Sin pars, quæ accessit, fuerit exhausta, cum ejus, cui accrevit, pars esset integra, aut quartam saltem totius hereditatis tribueret: tum perinde in deficiente poni debeat ratio legis Falcidiæ, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta est. Distinctio est pæne totidem verbis tradita a Cajo in *L. quod si alterutro.* 78. *D. ad leg. Falc.* exstat & apud Julianum licet obscurius in *L. qui fundum.* 87. §. *qui filium. D. eod.* posteriorem partem confirmat *L.* 1. §. *si coheredis. eod.* Cujus distinctionis ratio non immerito quæritur. Cum enim unus & idem heres hereditatem totam habeat, idemque totius hereditatis quartam partem, quod solum verba legis Falcidiæ exigere videntur: cur ex sua portione exhausta quartam partem non retinet, tantum ob id, quod eam quartam ex aliena parte integra accedente habere incipit: ex aliena autem exhausta retinet, qui non nunc primum eam quartam ex sua portione habere incipiat, sed jam a principio habuerit? Differentiæ ratio est, quod qui suam partem exhaustam, aut alioqui oneratam habet, sicut ex sua persona legata præstat, ita, & sat habet, si ex sua persona quartam consequatur. Atqui eam ita consequitur, cum pars integra, certe quæ quartam partem debitam tribueret, ei accrevit. Hæc enim pars ita jure accrescendi ad eum pertinet, [a] ut tacita quadam substitutione testatoris ei deferri intelligatur

e) Distinctio vulgata est non onerata parte accedente oneratæ, augeri legata. Onerata autem accedente non oneratæ, non augeri; vid. Duar. *h. t. C.* 8. Cujac. 4. *Obs.* 35. Quoad posteriorem tamen partem contentio fuit inter Cassium, & Proculum, *d. L.* 1. §. 14. *h. t.* Ex Cassii sententia confundende portiones ut augeentur legata, ac integra præstentur, modo ex universa hereditate quadrans haberi posset. Ex Proculi opinione separandæ, ut nihilo plus præstet cui accessit, quam præstiturus is, a quo relicta, si suam partem, legatis gravatam, agnovisset. Ee Proculo adsensit Julianus, Cassianorum cæteroquin peritissimus *d.* §. 14. Objic. At *ibid.* Antoninus indicasse dicitur portiones commiscendas esse. Cujac. *d. C.* 35. firmissime adseverat, negationem deesse, legendumque non *commiscendas.* Idem tamen 15. *Obs.* 24. aut deesse negationem, aut Paulum decretum Antonini non probare. Quod posterius videtur & Duar. *h. t. C.* 8. & A. Fabro 4. *Conject.* 13. *p.* 178. Denique Cujac. 25. *Obs.* 23. putat, Paulum Cassii sententiam, quæ ipsa ab Antonino confirmata fuerit, probare, ac pro *Proculo*, reponit *Cassio*, quod nimirum Julianus Cassio adsenserit. Atque ita Cujacius ter in hac quæstione variat. Govean. *in d. L.* 1. §. 14. difficultatem non attingit, quam & Donellus noster hic præterit. Potius quam ut Antonini sententiam nude referre dicam, credamve, IC. Paulum ausum e duabus opinionibus, quæ hinc inde probabiliter arbitrari possunt, alteram rescripto Principis expresso approbatam alteri postponere, potius quam lectionem affirmantem in negantem commutem, dicam Antonini rescriptum intelligi debere de specie non eadem, sed diversa, quando scilicet portio non onerata accessit oneratæ. Nam utitur IC. non vocula sola adversativa, *sed* quæ argueret contrariam decisionem Imperatoris, verum *sed* &, quæ & voculæ conjungunt species diversas. Vel poterit accipi quando utraque pars onerata, & supra dodrantem exhausta. Cæterum alias hujus distinctionis difficultates accurate videtur expediisse noster, ut vix possit melius, mea sententia. Quare in referendis aliorum diversis opinionibus hic mihi tempero, quas, qui hanc explicationem nostri menti probe infixerit, falsas esse catenus facile deprehendet, quatenus ab hac aliquam. Juvat tamen exemplo eam declarare. Pone: Cajus, & Sejus heredes instituti ex semissibus cum in bonis testatoris essent 800. A Cajo legata sunt 400. vel 350. & ita portio ejus vel onerata supra dodrantem, vel plane exhausta. A Sejo nulla legata vel infra dodrantem relicta. Sejo deficiente, Cajus, propter obventionem partis sui coheredis, præstat solida legata, quæ si coheres concurrisset, imminuta præstiturus? Atque ita commodo legatariorum cedit illa accessio. Contra si Sejus portionem suam agnoscat, ac Caii repudiantis, aliave ex causa non exsistentis (præterquam si vivo testatore defecerit) pars ei accedat, nihil id proficit legatariis, sed æque ea imminuit Sejus, tantumque iis detrahit, quantum ipse Cajus, si exstaret heres; tametsi ita eveniat, ut qui unus heres est sine socio, longe tamen plus quadrante hereditatis consequatur, &c.

a) Govean *in d. L.* 1. §. 14. hæc ratio videtur, quia, repudiante coherede, videtur alter agnoscens ab initio ex parte utraque institutus, idque potestate juris, non patientis ex parte aliquis ut sit testatus. Ant. Fab. 4. *Conject.* 13. videri hoc casu exsistere ex parte coheredis institutum sub conditione si is repudiaverit, arg. *L.* 35. *de acq. her.* Quod in effectu cum ratione nostri convenit. Dicta. Huic ratio-

tur. *L. si Titio.* 61. §. 1. *D. de leg.* 2. Quocirca bene portionem nactus, habet, quod voluit, & quod ex lege habere debuit. Contra vero qui portionem suam integram habet, ei si accrescet pars onerata, ut jam legatis ejus partis obligetur: apparet, eum legata præstare ex persona coheredis, non sua. Quæ res facit, ut ex ejus quoque persona jure quartam desideret, quam &, ut ille, consequi debeat. Æquissimum est enim, ut qui onera legatorum ex persona coheredis agnoscit, etiam beneficio ejus in his præstandis utatur, ne deteriore sit conditione, quam is, in cujus locum, & onus succedit. Quod duæ regulæ juris ex hoc fonte æquitatis ductæ suadent. Una est hæc: secundum naturam esse, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *L. secundum. D. de reg. jur.* Altera hæc: qui in jus alterius succedit, eum eodem jure uti debere. *L. qui in jus. D. eod.* Et vero bene ipsam rationem reddidit Julianus in *L. qui fundum.* 87. §. *qui filium, illic*, si vero. *D. ad leg. Falc.* cum ait, si pupillus, puta, heres exstiterit, & ejus portio legatis onerata ad coheredem ei datum ex substitutione pervenerit, coheredem hunc non amplius legata debere, quam quibus pupillus obligatus fuerat: idque hac ratione, quia non suo nomine obligatur hic coheres, sed defuncti pupilli. Nec aliud sensit Paulus in *L.* 1. §. *id quod D. eod.* cum ea legata, quæ a coherede deficiente relicta sunt, ita demum per partem ejus, qui heres exstitit, quæ pars onerata non est, non augeri ait, si ea nominatim ab illo data sint, non autem his verbis, quisquis mihi heres erit. Significat enim id, quod nunc dicimus, cum pars defecta exhausta est, perinde in ea ponendam esse rationem legis Falcidiæ, atque si ad eum pertineret, a quo defecta est, ob eam caussam, quod legata hæc ex persona ejus præstentur. Quod ita fit, si nominatim ab eo data sint. Nam quæ ita relicta sunt, quisquis mihi heres erit, dato: deficiente coherede, his obligatur suo nomine, qui solus heres exstitit, quia verum est hunc maxime esse heredem.

VI. Sed de utraque parte superioris distinctionis operæ pretium est separatim amplius cognoscere. Est enim, quod de utraque separatim præcipi, & caveri proprie oporteat. Ac de parte onerata accrescente in quam modo desiimus, primum dicatur. In qua hoc primum moneri oportet, quod jus in ea parte deficiente esse diximus, ut in ea separatim poni possit ratio legis Falcidiæ etiam ab eo coherede, qui ex sua persona quartam totius hereditatis habeat: id generaliter sic accipiendum esse, ut nihil intersit, quo jure ea portio deficiens ad coheredem pervenerit: utrum jure accrescendi, an substitutionis vulgaris, an etiam jure potestatis. De ea, quæ accrescendi jure accesserit, est in *d. L. quod si alterutro.* 87. *L.* 1. §. *si coheredis. D. ad leg. Falc.* De ea, quæ obvenerit ex substitutione vulgari, est in *d. L.* 1. §. *id quod ex substitutione eod.* De ea specie, in

rationi æqua locus, si pars onerata accidit integræ. Resp. ego. Est quidem, ut æque is heres, cui repudiantis pars gravata accrevit, quia solus adsistat, videri possit ex asse unus institutus: Sed non ideo videri possunt legata nominatim a coherede deficiente relicta, ab ipso relicta, quæ illo altero casu vere sunt, ac si nominatim dare jussus. Ac si hic spectaremus solam heredis existentis personam, nihil omnino legatorum nomine, quippe quibus ipse præstandis gravatus non esset, exsolveret, tantum abest, ut illa vel integra, vel ampliora, quam coheres ista suus nominatim gravatus præstaret, si exstiterat, exsolvere cogeretur. Spectatur igitur in eo persona coheredis, a quo relicta sunt, & ne voluntates defunctorum intercidant, & ne quis ex cujus persona lucrum affectat, onus recuset. Sane si idem statueretur in parte exhausta obveniente integræ, quod in parte integra obveniente exhaustæ, ut videlicet utrobique quicquid legatorum dodrantem hereditatis non excedit, integrum præstandum esset, eveniret sæpe, ut portio accrescens damnosa sit ei, cui obvenit, ipsiusque portionem, quam suo jure, & ex persona sua, expressaque testantis voluntate haberet, imminueret. Quod fiet si portio alterius ultra vires onerata. Pone. In hereditate 800. Cajus & Sejus heredes. A Cajo legata 600. a Sejo nihil, vel a Cajo 500. a Sejo 100. Si Sejii portio obveniat Cajo, quia per eam fiet ut quadrans totius assis videlicet 200. ipsi sit integer, ideo legatis nihil omnino detrahet, qui coherede concurrente ultra 300. præstiturus non erat, quippe cum quarta sui semissis utpote 100. ei salva esse deberet. Nec quisquam dubitet hac casu etiam 300. illa, quæ vires portionis gravati excedunt, præstanda. Præterquam enim quod nihil sic iniqui statuatur in Cajum, qui utique 100. plus habebit, quam si portio altera non accessisset, etsi tum 300. sola legatariis præstaret: nihil quoque voluntati testatoris adversum, sed immo conveniens, cum sic fiat, ut exitum illa sortiatur. Necesse est etiam sic statui, ut quia is unus heres est, nec deficientis coheredis persona spectari potest, utpote a quo vel nihil, vel multo minus dodrante relictum, ex sua persona inducat Falcidiam: In quam imputat quicquid jure hereditario percipit *L.* 91. *h. t.* & sic etiam portionem accrescentem, quam certe habet jure heredis. E diverso si Caii repudiantis portio obveniat Sejo, si idem juris esse velimus, contingeret, ut qui, si nihil ei accrevisset, suum semissem scilicet 400. integrum, vel pauxillum delibatum, si ponas 100 ab ipso legata, habiturus: nunc propter obventionem partis oneratæ ei 200. vel 100. decedant, ut æque sola 200. quæ quadrantem assis totius efficiunt, retineat, nihiloque plus habeat, quam coheres, si, se deficiente, sua pars illi obvenisset. Atqui hoc ne fiat obstant. (1) Æquitas, quæ factum alterius (uti hic est repudiatio coheredis Caii) alteri fraudi esse, & iniquam conditionem afferre non sinit. (2) Voluntas defuncti, qui nihil a Sejo legando, portionem ipsi adscriptam integram, nec delibatam habere voluit. (3) Ratio juris, quæ non patitur ex persona alterius Falcidiæ rationem haberi, quam a quo ultra dodrantem relictum. Hic autem ultra dodrantem non Sejus, sed Cajus gravatus est. Itaque si velimus legata servare, necesse est, ut spectemus personam Caii, & quasi eam in exsolvendis relictis sustinere Sejus fingatur, ideoque omni illius jure utatur, & sic non plus præstet, quam 300. quantum ipse videlicet Cajus præstiturus, si Sejo concurreret. Ut ita non damnosa sit ei accretio, sed in 100. lucrosa, cum & oneri præstationis, a qua alias immunis foret, eum subjiciat. Et ita videtur.

in qua portio deficientis jure potestatis ad coheredem pertinet, agitur in *L. si pupillus* 21. §. 1. *eod.* Atque in his omnibus superior sententia pariter servatur, ut quæ portio exhausta accessit, semper in ea ex supra scriptis caussis ratio legis Falcidiæ perinde poni possit, atque si ad eum pertineret, a quo defecta est. Quod in superioribus locis de unaquaque harum caussarum constanter traditum videmus. Et merito: habet enim in omnibus legatorum præstatio eamdem rationem: quod cum ex persona deficientis coheredis, & nomine ejus legata præstentur, æquum sit, eum, qui ea præstet, ex ejus persona, ejusdem personæ jure in ea præstatione uti.

VII. Una hic exceptio est, de qua diligenter præcipiendum videtur: ita scilicet superiorem sententiam accipi debere, si coheres, cujus pars legatis onerata defecta est, moriente testatore vixerit, ut dici posset tempore mortis testatoris fuisse institutus. Diversum esse, si vivo testatore decesserit. Finge hujus heredis ante demortui partem exhaustam ad alterum coheredem ex substitutione vulgari pervenisse. Julianus scribit, in hac specie coheredem, qui ex sua parte quartam totius hereditatis habet, solida legata a coherede altero relicta præstaturum. Hoc ille obscurius quidem: sentit tamen in *d. L. qui fundum.* 87. §. *qui filium. D. ad leg. Falc.* Verba hæc sunt: *Qui filium suum impuberem, & Titium æquis partibus heredem instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil: & Titium filio substituerat. Quæsitum est, cum Titius ex institutione adisset, &, impubere filio mortuo, ex substitutione heres exstitisset, quantum legatorum nomine præstare deberet. Et placuit, solida legata eum præstare debere. Nam confusos duos semisses efficere, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur, & solida legata præstarentur.* Negat ergo aperte Julianus in parte legatis exhausta, quæ ex substitutione ad coheredem pervenit, separatim ponendam esse rationem legis, ut ex ea ita detrahi possit quarta, uti potuisset a pupillo, si ipse legata præstaret. Negat omnino; sed addit, quod rem expedit. Subjicit igitur: *sed hoc ita verum est, si filius ante quam heres exstitisset, decessisset.* An quod filio ita decedente pars ejus ad substitutum coheredem pervenit ex substitutione vulgari, non pupillari? Nequaquam.[3] Nam etsi ex substitutione vulgari perveniat ad coheredem portio deficiens, eademque legatis onerata, etiam in ea rationem legis Falcidiæ separatim poni debere supra diximus, ut legata ab ea parte relicta non augeantur alterius partis integræ accessione, eoque & habita ratione legis Falcidiæ pro portione ejus partis præstentur. Idque ita non obscure significatur in *L.* 1. §. *id quod ex substitutione. ad leg. Falcid.* Cur ergo negat Julianus in superiore specie id ita faciendum, si filius ante, quam heres exstitisset, decessisset? Quia non potuit ita decedere, nisi vivo testatore. Qui enim in potestate patris fuit, & suus heres, qualis hic pupillus proponitur, necesse est, si patri heres non exsistat, eo fieri, quia vivo patre decesserit: quippe qui si patri superstes vel momento fuisset, ipso jure patri statim heres exsisteret. §. *sui. Inst. de her. quæ ab int. def.* Quid ergo refert, dicat aliquis, utrum coheres, cui substitutus datus est, vivo testatore decedat, an mortuo, ut locus fiat substituto? Sane ut fiat substituto locus, nihil interest. At tum multum interest, si quæratur, utrum in parte deficientis ratio legis Falcidiæ ponenda sit, an non sit, de quo nunc agitur. Nam qui mortuo testatore adhuc vivit, hunc recte possumus institutum esse dicere, & institutum postea defecisse. Qui autem vivo adhuc testatore decedit, non potest vere dici a testatore institutus. Is enim intelligendus est institutus heres, non qui ab initio institutus est solum, sed in cujus institutione testator perseveravit. Quod si vivus testator heredem sibi esse noluit, simul quoque voluntate testatoris institutus esse desiit. Porro nemo sibi eum heredem vult, qui, ipso vivo, non sit in rerum natura. Quod si ita est, eveniet, ut, altero ex duobus institutis dum testator vivit, mortuo, solus coheres ejus moriente testatore reperiatur institutus ex duabus partibus; ex una pure, ex altera sub conditione, cujus conditio jam exstitit. Certi autem juris est, ut supra diximus, si quis unus sit heres institutus, quantumvis sit institutus ex diversis partibus, ex una pure, ex altera sub conditione, & ex singulis varie legata data: nunquam tamen separatim in singulis partibus poni rationem legis Falcidiæ: sed, ut hic unus est heres institutus, ita in ratione legis Falcidiæ ponenda

3) Ita & Govean. *ad d. L.* 1. §. 15. quia nec ex re testatoris mea portio augetur, cum adita hereditas, res testatoris esse desinat. Non male, sed malo sic. Quia tunc non percipitur jure hereditario, sed alio titulo, & ex solo arrogati facto, ideo non imputatur in Falcidiam *L.* 91. *h. t.*

da unam hereditatem totam semel spectari debere, & hujus totius unam quartam sufficere, quæ heredi tribuatur. *d. L. in ratione.* 11. § *quæsitum* 7. *illic, & aliam esse caussam. L.* 1. §. *id quod ex substitutione. ad leg. Falc.* Quæ si recte dicuntur in eo herede, cujus pars coheredi ex substitutione defertur, necesse est, locum habere etiam in cæteris heredibus, quorum partes vacantes quovis alio jure ad coheredem pervenerunt, si illi decesserint vivo testatore. Semper enim isto modo coheres reperitur tempore mortis testatoris solus heres esse institutus; ex diversis partibus quidem, sed tamen solus: quem satis est totius hereditatis quartam habere, ut legi satisfiat. Summa ergo sit hæc: ut ex duobus heredibus institutis deficiente altero, in portione ejus vacua, quæ onerata fuit, separatim ratio legis Falcidiæ poni possit secundum ea, quæ diximus: necesse esse, ut hic quoque, mortuo testatore, repertus sit institutus, deinde hereditate exciderit: scilicet, ut prius scriptus fuisse, quam defecisse intelligatur. Quod si contra factum erit, in tota hereditate permixtis partibus, unam Falcidiam servari. Unde & juris auctores observare licet, de eo deficiente ex cujus persona rationem legis Falcidiæ haberi volunt, hoc modo loqui, si omiserit hereditatem, si dum deliberat, decesserit, ut *d. L.* 1. §. *id quod ex. d. L. qui fundum.* 87. §. *ult. eod.*

VIII. Hæc de ea parte, quæ legatis onerata quæsita est alteri coheredi suam integram habenti. Quod ad alteram partem non oneratam attinet, quam diximus, si ad laterum coheredem oneratam pervenerit, sic illi obtingere, ut si quartam partem hereditatis tribuat, non possit is, ad quem pervenit, amplius suæ portionis quartam retinere: habet hæc quoque pars, quæ hic moneri oporteat: illud nimirum, istam partem superioris distinctionis sic accipi debere, siquidem heres non exstiterit is, cui portio non onerata delata erat. Quod si semel heres exstiterit, quamvis ejus portio aliquo jure deinde ad alterum coheredem oneratum pervenerit, semper tamen huic coheredi manebit jus integrum quartæ retinendæ, quod prius fuerat. Veluti si hic coheres alteri illi heres factus erit aut ex testamento, aut ab intestato lege, aut alter ille ab hoc coherede fuerit arrogatus. *Si coheredem meum,* inquit Paulus, *post aditam hereditatem arrogavero: non dubitabitur, quin separandæ sint portiones perinde, atque si coheredi meo heres exstitissem.* Hoc ille in *L.* 1. §. *si coheredem. D. ad leg. Falc.* Significans, hoc casu ita separandas esse portiones, ut quisque heredum perpetuo suæ portionis quartam retinere possit, uti initio potuit, si portiones apud unumquemque ex his discretæ mansissent. Et recte; cum enim ab utroque adita est hereditas, [5] incipit jam duorum patrimonium

4) Dissent. A. Fab. 4. *Conject.* 13. putans, parte onerata ex substitutione vulgari obveniente non oneratæ legata augeri, & pleniora præstari. Discrimen inde esse, quod jus substitutionis ex voluntate testantis, jus accrescendi ex lege. Sed recte noster. Et refellitur Faber ex *d.* §. 13. ibi, *sed ea, quæ ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur*, quæ minime accipi possunt de jure accrescendi, cum §. totus aperte sit de substitutione, & vocula *ei* referenda ad voculam *coheredem*, prioris vers. nec patitur plane diversum casum construi. Sed uti prior §. vers. de parte non onerata ex substitutione accedente oneratæ, ubi id proficit legatariis exsistentis, ita posterior vers. de onerata ex eadem substitutione accedente non oneratæ, ubi legata *ab eo* (nimirum de quo dixerat, illum si exsisteret, accreta coheredis portione, non exhausta, legatariis suis plena legata exsoluturum sit) repudiaverit, non augentur. Denique *in* §. *seq.* 14. demum ponitur de onerata jure accrescendi integræ accedente. Quomodo vero in *d.* §. 13. simpliciter moneret JC. legata non augeri, si id interpreteris de jure accrescendi cum Fabro, cum in §. *seq.* de illo contentionem inter Cassium, & Proculum fuisse tradat. Dicit Faber *d. vers. sed ea* §. 13. loqui de parte repudiata accrescente *d.* §. 14. de parte defecta per verbum *vel cavero.* junct. *L.* 5. *in fin. de vulg.* Male. (1) Quia nulla consequentia. Pars defecta accrescens vindicari potest *d. L.* 5. *in fin.* Ergo repudiata accrescens nequit. (2) Quia dicitur portio *coheredis* obveniens vindicari. Ergo saltem ei delata fuit hereditas. Nam qui plane defecit, & nec exsistere potuit, vel quia ante testatorem mortuus, vel quia incapax, *heres* dici nequit, ideoque nec *coheres*, nisi valde abusive. arg. *L.* 121. *de V. S.* Postremo urgetur illa opinio iisdem incommodis, de quibus *supr. N.* 2. quod si ita statueretur, evenire posset minus eo heredi ste lucri facturum, cui coheredis portio ex substitutione obvenit, quam si suam solam habiturus, si videlicet ponas ultra vires portionem ejus, cui substitutio facta, legatis oneratam. Nec ratio differentiæ a Fabro allata obstat. Nam & jus accrescendi est ex voluntate testantis tacita, eodem modo, qua vulgaris substitutio tacita pupillari expressa concepta, in qua tamen idem juris statuendum, quod in vulgari aperta. Aliter Cujac. 4. *Obs.* 35. putans in *d. L.* 87. §. 4. necesse esse, ut intelligamus adscriptam fuisse generalem repetitionem legatorum vulgo usitatam. Alioqui ibi heres de legatis ab eo, cui substitutus, nihil omnino debuisset, cum tempore Juliani, qui auctor *d. L.* 87. rescriptum Severi, quod legata ab instituto conseri debeant repetita a substituto, *L.* 74. *de leg.* 1. nondum editum esset. Sed rectissime hæc refellit Faber *d. lo.* Quod mera hæc divinatio nec ex verbis *d.* §. 4. elici possit; Quod sola repetitionis ratio durius substitutum non adstringat, quam institutum (quod probe notandum contra ipsius Fabri sententiam.) Quod rescriptum Severi innitatur voluntati defuncti *d. L.* 74. *L.* 4. *C. ad Trebel.* vid. *inf. C.* 29. Ideoque non tam novum jus induxerit, quam certum constituerit.

5) Cum obscura sit *d.* § 7. sententia, exemplo eam exponam. Qui in bonis habet 800. filium impuberem ex uno, Sejum extraneum, id est extraneum, non suum, ex altera semisse scribit heredes. Filio Sejum eundem in secundum casum substituit. Primis tabulis a filio legat 200. a Sejo 600. Secundis tabb. a Sejo relinquit itidem 600. Uterque heredem cernit. Impubes moritur. Quæritur, cum hic triplicia legata reperiantur, an omnia in unum commiscenda, & cum contributa efficiant 600. nec dodrantem excedant, an legata integra præstanda, ut sufficiat Sejo, quod quadrans totius assis nimirum 200. ipsi supersit: An vero separanda ea, quæ a Sejo, uti instituto, legata sunt, confundenda autem tantum quæ ab ipso, ceu substituto, relicta, cum iis, quæ pupillus præstare jussus Ut ita Sejus 400. habeat integra jure suæ institutionis, & in altero semisse ex substitutione accrescente, qui totus exhaustus reperitur

uium esse; proinde & duæ hereditates. Cui consequens est, ut necesse sit in singulis his hereditatibus etiam singulas, & proprias quartas ex lege Falcidia obtineri.

IX. Sed quidquid de superiore distinctione huc usque diximus, sciendum est ei solum locum esse in legatis uno, & eodem testamento relictis. Ad legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, & quæ secundis a substituto reliquit, distinctio superior omnino non pertinet. In quibus hoc servatur, ut nunquam separentur partes impuberis, & substituti; nunquam legata ab impubere relicta, & quæ a substituto relicta sunt; sed omnibus his legatis in unum contributis, quasi testamento patris ab uno herede ejus relicta essent, ita in his una Falcidia quarta servetur, habita ratione patrimonii paterni, quod fuit, eum pater moritur. Quod eam vim habet, ut, si substitutus, omnibus, contributis, quartam habeat hereditatis paternæ, etiam ex persona sua solida legata præstare debeat, quanvis ea præstet ex persona impuberis, cujus portio primis tabulis legatis exhausta erat. Et contra si quartam hereditatis non habeat, hanc possit detrahere de tota hereditate, nec quidquam ei noceat, si pro dimidia tantum parte impuberis legata ab eo relicta sint, & rursum pro altera tantum dimidia relicta a substituto, si modo omnia contributa totum patrimonium paternum absumant, aut ejus dodrantem excedant. Hæc est illa regula veterum, quam Papinianus refert in *L. in ratione.* 11. §. *quod vulgo. ad leg. Falc.* in tabulis patris, & filii unam Falcidiam servari. Idem convcnienter bis, quæ diximus, sic explicat in *ead. L. in ratione.* §. *ult.* dixi, inquit, *quantum ad legata, quæ pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem: cum communi calculo subjiciantur, & invicem inducant contributionem.* Cajus apertius, & latius in *L. in duplicibus.* 79. *eod. tit.* his verbis: *in duplicibus testamentis sive de patrimonio quæramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, cum moreretur, habuerit. Nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel acquisierit aliquid, vel deminuerit. Sive de legatis quæramus, tam ea, quæ in primis, quam ea, quæ in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur.*

X. Sed cur hic placet & partes hereditatis, & legata in unum contribui: cum hic quoque duo sint heredes, in aliis autem heredibus a testatore institutis; placeat, eorum partes, & item legata a singulis relicta separatim spectari, & in singulis poni rationem legis Falcidiæ? Rationem reddit Cajus in *d. L. in duplicibus, in extremo*: quod quæ a filii herede reliquit testator, perinde sit, quasi a suo herede sub alia conditione legasset. Congruit & illa Papiniani in *L. in ratione.* 11. §. *quod vulgo. ad leg. Falcid.* qui ideo hic contributioni locum esse scribit, quod in hac parte juris legata, quæ tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelligantur. Optima vero hæc ratio est, & qua efficitur omnino id, de quo quæritur, ut in portione heredis substituti, & in portione impuberis instituti non debeat separatim ratio legis poni, sed in utraque simul contributis legatis una tantum quarta Falcidia servari. Illud enim constat, quod & initio posuimus, unum heredem quanvis ex diversis partibus institutum, non posse ejus hereditatis, ex qua solus heres institutus est, nisi unam quartam retinere, quemadmodum & una est hereditas, ad quam in solidum vocatur. Quod pluribus sic explicatur a Papiniano in *d. L. in ratione.* 11. §. *quæsitum. ad leg. Falc.* & aliam, inquit, caussam esse ejus, qui ex variis portionibus heres scriberetur. Ibi enim legatorum rationem confundi non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quæ conficeretur ex pluribus. Neque referre, pure sæpe, an sub diversis conditionibus institueretur.

XI. At quomodo possunt videri legata relicta esse primis tabulis, quæ proponuntur relicta esse secundis? quomodo videri relicta ab herede patris, quæ relicta sunt ab impuberis substituto, quem constat filio heredem esse, non patri? Nam pupillo herede exsistente, pro qua parte exsistit heres, bona, quæ olim fuerunt patris, non jam amplius sunt patris, sed incipiunt esse pupilli, & ut pupilli bona, ad substitutum ejus deferuntur. Unde dicitur ex hac substitutione substitutus fieri heres non patri, sed pupillo. *Inst. de pup. subst. in pr.* Qua ratione etiam dicitur hæc substitutio tabulæ, & testamentum filii; utpote in quo heres filio instituitur. *L. 2. D. de vulg. d. tit. Inst. de pup. in pr.*

XII. Et de priore facilis est responsio. Nam

peritur, inducta Falcidia detrahat illius quadrantem, nimirum 100. Ut in universum Sejus retineat 300. Posterius hoc decidetur, statueturque diversa ratio ejus, qui duas, pluresve partes hereditatis ex institutione habet, unam pure, aliam sub conditione, ac ejus, qui unam ex institutione, alteram ex pupillari substitutione nanciscitur.

Nam testamentum filii idem quoque est testamentum patris: quia pater ei fecit. *L. Papinianus*. §. *sed nec impuberis. D. de inoff. test.* De quo satis diximus in pupillari substitutione. Quod quia erat noti juris, ideo veteres hic non attigerunt.

XIII. Posterius sic illi expediunt. Respondent igitur, cum legata a pupillo relicta præstantur etiam ex portione pupilli, videri posse ea præstari de patrimonio ejus, si in ea portione computarentur. etiam ea bona; quæ pupillo aliunde, quam a patre obvenissent. Nunc autem, his subductis, solum spectatur ea quantitas, quæ de bonis patris ad filium impuberem pervenit. *d. L. in duplicibus.* Hæc vero quantitas, subducta persona pupilli, & iis, quæ ejus propria fuerunt, non potest intelligi esse, nisi patrimonium patris. Ex quo cum substitutus præstat solida legata ab impubere relicta, nihil habet, quod queratur; quia & pater ea legavit solum de suo, & legans a substituto, videtur ab eo non ut a substituto, sed tanquam ab herede a se instituto legare; eum ab eo nihil amplius præstari velit, quam quod de bonis suis, & patrimonio reliquerit. Et hoc est, quod Papinianus hanc præstationem defendens in *d. L. in ratione.* 11. §. *quod vulgo. & §. seq.* his rationibus tuetur, quod & pater legaverit de suo, & substitutus in proposito, qui ad bona paterna solum revocatur, subducta persona pupilli revocandus sit ad intellectum institutionis. Quibus verbis nihil aliud significat, quam substitutum, si quidem cum pupillo spectetur, non posse dici, nisi substitutum, & ex ea substitutione heredem impuberis. At subducta persona pupilli, (quæ ideo subduci debet, quia de bonis ejus propriis nunc non agitur) substitutum pro instituto patris herede intelligi, & haberi debere. Quod sane illud ipsum est, quod Cajus dixit, periode esse ea legata, quæ a filii herede, id est, a substituto ejus reliquisset testator, atque si a suo herede, id est ab instituto, legasset. *d. L. in duplicibus.* 87. *eod.*

XIV. Quo recepto, consequens fuit, quod de tempore, quo quantitas patrimonii paterni hic spectanda esset, veteres ex eadem regula responderunt. Nam si omnia legata tam quæ ab impubere, quam quæ a substituto ejus relicta sunt, perinde habentur, quasi pater ea de suo, & a substituto tanquam ab herede a se instituto legasset: consequens, inquam, fuit, ut hic idem tempus spectaremus, quod spectamus in institutis heredibus, cum supra dodrantem portionis cujusque legatum est. Id autem est mortis testatoris tempus. *L. in quantitate.* 73. *in princ. ad leg. Falc.* de quo postea. Merito igitur, & consequenter prioribus, hoc idem tempus in hac specie spectandum esse placuit. Hoc enim est, quod Cajum scribere in *L. in duplicibus.* 79. *ad leg. Falcid.* supra retulimus: *In duplicibus testamentis si de patrimonio quæratur* (intellige eo, ex quo legata præstanda sunt, & ex cujus quantitate æstimandus est legatorum modus) *ea sola substantia spectatur, quam pater, cum moreretur, habuerit.* Plura de vi superioris regulæ scripsit Papinianus huc pertinentia in *L. in ratione.* 11. §. *quod vulgo.* & deinceps. *eod. tit.* Qui locus cum ob cognitione præcipue dignus est, ita non minore difficultate laboret: non alienum visum est, eum separatim attingere hoc loco, & brevibus scholiis additis prudentiam lectoris in ea adjuvare.

AD. *L. IN RATIONE.* 11. §. *QUOD VULGO. AD LEG. FALC.*

Quamvis enim substitutus.

Quasi diceret: Atque hanc potestatem habet, quæ sequitur. Quamvis enim substitutus, & cætera.

Ut quodlibet æs alienum debeat.

Sit sententia hujus loci in hoc exemplo exposita. Pater, qui quadringenta in patrimonio habebat, cum moritur, ab impubere filio primis tabulis ducenta legavit: cumque ei Titium substituisset, ab eo secundis tabulis alia ducenta dedit. Pupillus patri heres exstitit, ac nondum solutis legatis, quæ ab ipso relicta erant, intra pubertatem decessit. Cum conveniretur substitutus ab his, quibus ab impubere legatum erat, iique solidum peterent, sicut institutus solida ducenta ex persona sua debuit: quæsitum est etiamne substitutus eodem modo solida præstare debeat, an vero imminuta per legem Falcidiam. Ambigendi caussa hæc est. Nam si personam substituti spectes, & præterea in quam hereditatem ex substitutione is succedat, solida præstare debebit, tanquam æs nimirum quodlibet impuberis. Pupil-

Pupillo enim succedit in his bonis, quæ pupilli propria fuerunt. §. 1. *Instit. de pup. sub.* Quod si hereditas omnis more Romano æri alieno decessoris nos obligat, *L. more. de acquir. hered.* necesse est, si quid pupillus debuit, hic, qui pupillo ex secundis tabulis heres exstitit, ipse quoque ei æri alieno ex substitutione obligetur. Ut enim æs alienum nostrum dicimus, quod aliis debemus: ita æs alienum pupilli, quod pupillus debuit. *L. cedere.* §. *æs alienum. de verbor. signific.* Jam vero pupillus, ut ante dixi, solida hæc ducenta præstaret, si viveret. Nequaquam enim ex persona sua Falcidiam inducere potuit, qui ducentis solutis, ducenta adhuc ex universo patrimonio habiturus fuerit; ac tum cum viveret nulla alia legata præter ducenta reperiebantur. Ergo etiam substitutus solida præstare debebit, ut hoc scilicet ære alieno ante deducto, deinceps legata a se tabulis secundis relicta præstet habita legis Falcidiæ ratione in his bonis pupilli, quæ illis ante deductis supersunt. Verum hoc ita recte diceretur, si legata ab impubere relicta per se separatim in ponenda legis Falcidiæ ratione spectarentur ex hereditate patris; quæ autem legata a substituto data sunt secundis tabulis, ipse ea præstaret habita Falcidiæ ratione in his bonis, quæ pupillus moriens reliquit. Ut ita quia sunt hic duo testamenta, & duæ hereditates; §. *igitur. Instit. de pup. sub.* duplex quoque in singulis hereditatibus, nec non in legatis unoquoque testamento relictis Falcidia servaretur. Nunc autem, impubere mortuo, propter ea, quæ secundis tabulis relicta sunt, contributioni locus est, ait Papinianus. Quid tum postea? Dicet aliquis. Et Papinianus ex contributionis verbo, contributionis effectum intelligi voluit. Significat igitur, ea quæ secundis tabulis relicta sunt, cum his, quæ data sunt primis tabulis, ideo contribui, ut toto patrimonio in unum permixto, & legatis inter se confusis, circa legem Falcidiam totius assis ratio habeatur, & omnia legata habita ratione ejus patrimonii aut solida præstentur, aut imminuta, ut Julianus loquitur in *L. qui fundum.* 87. §. *qui filium. eod.* Et hoc est videlicet: si legata contributa excedent dodrantem ejus hereditatis, quæ principio fuerit, omnia retro minuantur; si non excedent, quandocunque præstabuntur, solida præstanda sunt. Idque ex ea regula intelligitur, qua vulgo dicitur, in tabulis patris, & filii unam Falcidiam servari. Sic enim in his una est, si omnia ex uno patrimonio, & uno testamento æstimentur. Prima igitur vis regulæ superioris hæc esto, quam hic ubique Papinianus intelligi voluit, ut legata a pupillo relicta, si quidem per se spectarentur tanquam æs quodlibet alienum, solida quanta sunt, a substituto præstari debuerint, quia pupillus ita debuit. Nunc autem propter ea, quæ secundis tabulis relicta sunt, omnia minuantur, si illa contributa faciant, ut supra dodrantem paternæ hereditatis legatum videatur. Contributioni enim locus est. Forte omnia inter se contributa dodrantem paternæ hereditatis non excesserint. Quid enim, si centum dumtaxat a substituto data sint, cum ducenta ab impubere relicta essent? Tum vero etiam omnia solida præstanda erunt. Sed vis regulæ in eo est, ut si forte omnibus contributis supra dodrantem reperiatur fuisse legatum, intelligantur legata minui hoc ipso, quod contributioni locus est.

Cum filius heres exstitit.

Non enim aliter ea legata tanquam æs alienum pupilli præstari potuerunt, quam si illa pupillus debuit. Nec vero aliter debere potuit, quam si heres exstiterit.

Ut quodlibet æs alienum debeat.

Si quidem, ut dixi, separatim per se spectentur.

Contributioni locus est.

Quæ contributio eo rem deducit, ut jam non sicut quodlibet æs alienum, illa præstentur, sed ut si contributa modum legis Falcidiæ in bonis patris excesserint, omnia minuantur.

Secundum quæ.

Idest secundum ea, quæ de contributione dicimus, qua fit, ut sive a principio omnia dodrantem paternæ hereditatis non excedant, nullo unquam tempore ne a substituto quidem minuantur, quanvis pupillus bona deminuerit: sive excedant, semper de his quarta detrahi possit, quantumvis bona pupillus auxerit. *d. L. in duplicibus hic.*

Poterit evenire, ne substitutus quidquam retineat.

Id tum eveniet, cum patris hereditas legatis suffecit, nunc autem pupilli non suffi-

sufficit. Nam si cum a principio legi Falcidiæ locus non fuit, solida legata præstande sunt, substitutus omnia præstare debebit, quanvis hereditas pupilli solvendo esse desierit. Quo casu, omnibus solutis, futurum est, non modo ut nihil retineat, sed etiam, ut [6] de suo supplere interdum cogatur. Quod tunc fiet, cum hereditas pupilli omnibus solvendis par non erit.

Vel ut plus habeat quarta paternæ hereditatis.

Id eveniet e converso, si, contributis omnibus legatis, appareat, quo tempore pater moritur, supra dodrantem paternæ hereditatis legatum esse, ut de legatis quarta detrahi potuerit. Quanvis enim postea pupilli hereditas in immensum aucta sit, adeo ut substitutus, omnibus legatis persolutis, multo plus, quam quartam partem hereditatis pupilli habere possit: tamen & quartam detrahet substitutus, quæ ab initio poterat detrahi, & præterea quanto amplius hereditas pupilli aucta est, quam patris fuerat, suo jure id capiet. Quorum neutrum dici posset, si secundum æstimationem hereditatis, quam pupillus reliquit moriens, substitutus legata secundis tabulis a se relicta præstaret. Hoc modo enim contra eveniret, ut si hereditas pupilli legatis non sufficeret, quadrantem de legatis substitutus retineret, quanvis ab initio patris hereditas omnibus suffecisset. Et vice versa si pupilli hereditas omnibus legatis sufficeret, nihil de illis detraheret, quanvis ex paternæ hereditatis æstimatione a principio quarta detrahi potuerit. Ut manifesto appareat in his, quam potestatem illa regula habeat, & in universum quid referat, in duplicibus testamentis duplexne Falcidia, an una servetur.

Quid ergo, si non sufficiat.

Non attingit Papinianus eam partem, qua substitutus multo plus quarta paternæ hereditatis habiturus est. Tum enim sublevatur potius, quam oneratur substitutus. Itaque, quod quæratur, nihil est. Habet potius in eo, quo sibi gratuletur. Sed cum legata ita præstabit, ut nihil retineat, unde tandem illam, aut quomodo præstaturum esse dicimus? De pupilli enim hereditate id illum facere, aut supra vires etiam patrimonii ejus, ferendum non videtur. Hoc est igitur, quod quærit, Quid si pupilli hereditas non sufficiat, cum patris suffecerit? quo casu ita solida legata præstabuntur, ut substitutus nihil sit retenturus.

De suo quadrante nimirum dabit substitutus.

Quem tandem quadrantem substituti intelligit, cum hic patri heres nunquam extiterit, ut ab eo hunc quadrantem, qui a principio fuit, habere posset, nunc autem, cum filio succedit, nihil sit in ejus hereditate, quod hunc quadrantem substituto largiatur? nimirum hunc intelligit. Cum patris hereditas ab initio suffecit, ita suffecit, ut, omnibus legatis persolutis, quadrans salvus relinqueretur pupillo. Eum nunc substitutus per impuberem accipit. Immo vero, subducta persona pupilli, potius a patre accipere intelligitur, cum ab ipso patre vocetur. Hoc igitur sit: si cætera bona, hoc quadrante deducto, non sufficiant, etiam ad hunc quadrantem pervenietur, ut de ea legata præstet substitutus, nec eum retineat, ut tum facere posset, si hereditas, ut a principio, solvendo esset. Merito; in quantitate enim patrimonii paterni, unde legata nunc præstantur, tempus mortis patris spectamus. Quod postea intercidit, heredem oncrat, non legatarios, quibus ab initio supra dodrantem legatum non est. *L. in quantitate. 73. in princ. eod.* Quid ergo, si ne hic quidem quadrans suffecerit omnibus legatis? Et nimirum etiam de suo præstabit substitutus, cum dicamus solum mortis patris tempus spectari; nec ad rem pertinere, si post mortem patris filius acquisierit aliquid, vel diminuerit. *d. L. in duplicibus.* Nec ea res substituto damnosa est, cui liberum fuit a principio non adire. *d. L. in quantitate.* Ideo autem de quadrante solum meminit Papinianus, quia proposuit hereditatem pupilli non plane absumptam esse, sed [7] retento illo quadrante, qui a principio salvus erat, eam

non

6) Ita & Govean. *in d. L.* 11. §. 5. Cujac. 4. *Obs.* 34. sic ponit speciem: Paterfamilias relinquens 400. legat a pupillo 100. e substituto 200. Pereunt ex hereditate 100. Patris hereditas sufficiebat legatis, salva Falcidia: Pupilli non sufficit. Solida tamen ea præstat substitutus. Contra: Paterfamilias 400. habens in bonis, e pupillo 200. e substituto 200. legat. Crevit hereditas in 200. Opes patris spectantur, & substitutus detrahit 100. Ac sic consequitur 300. multo plus quarta.

7) Et ita retineri potest vocula, *quadrante*, quam, ceu interpretis, & irreptitiam expungit Govean. in *d. L.* 11. § 5. non improbabiliter sane. Probabilius certe quam Cujac. qui 4. *Obs.* 34. negat, de propriis bonis heredem unquam solvere, quid cogi, nisi hodie non confecto inventario. Et ultra vires hereditatis præstare exponit præstare non retenta Falcidia, qua deducta, vires hereditatis æstimari soleant. Quod plane est inconveniens. Non obstat *L.* 1. §. 3. *Si cui plus quam per L. Falcid.* Neque enim ibi imminutæ ponuntur bona testatoris, sed ab initio substitutus is, a quo 300. legata, ultra portionem suam gravatus erat.

non sufficere legatis. Nunc ne hoc inique, aut contra jus statui videatur, cogi substitutum de suo, vel pupilli bonis respondere legatariis, vel quod pater de alieno largiri non possit, vel quod cum legata secundis tabulis relicta sunt, supra vires patrimonii ex eo testamento præstari non conveniat: utrumque sequentibus verbis removet, dicens & patrem de suo legasse, non de pupilli patrimonio, & lagata, quæ secundis tabulis data sunt, quasi in primis sub conditione relicta intelligi.

Quoniam pater legavit de suo.

Patris namque facultates judicio ipsius patris per caussam hereditariam ex substitutione ad substitutum perveniunt. Cum enim pupillum primo in suis bonis instituerit heredem pater, in his ipsis mox substituit eum, quem, pupillo quoque mortuo, heredem esse vult, ut simul eadem substitutione & pupilli bona, & in his ea, quæ patris fuerant, consequatur. Cum igitur ad bona sua hunc quoque substitutum, subducta pupilli persona, vocet: de hoc nimirum patrimonio suo legare intelligitur. Quod illum de suo facere certissimo argumento est, quod ita recte a substituto legat pater, si primo heredem impuberem sibi instituerit, ac deinde ei alium substituerit. Ab exheredati autem impuberis substituto pater legare non potest; scilicet quia non potest de suo legasse videri, cujus bona ad impuberem non pervenerunt. *L. ab exheredati.* 126. *de leg.* 1. Ex quo illa quæstio apud Julianum tractata, possitne ab ejus substituto legari, qui primo exheredatus a patre, mox idem secundis tabulis fratri suo substitutus, cum ex substitutione heres extitisset, tandem impubes decesserit. Et putat, substitutum hoc casu legata præstare cogendum, quia non est pro exheredato habendus, qui aliquo loco patri heres ex institutione patris exstiterit. *L. qui fundum.* 87. §. *pen. hic.*

Ex nullo testamento præstatur ultra vires patrimonii.

Ultra vires patrimonii sic accipe, ultra vires patrimonii ejus, quod eo testamento relinquitur, unde aliquid præstandum est. Ex quo colligi videbatur, ut, si quid tabulis secundis legatum est, non debeat ultra vires patrimonii pupilli, quod ex his tabulis defertur, a substituto præstari. Et recte hoc colligeretur, si quæ secundis tabulis relicta sunt, vere etiam ex his tabulis valera intelligerentur. Sed perinde hæc habenda sunt, ait Papinianus, quasi pater ea primis tabulis a suo herede reliquisset. Ut merito hic solum vires patrimonii paterni spectandæ sint, quantæ, illo moriente, fuerint; quod si idoneum fuit, nihil in posterum ultra ejus vires præstari videatur. Sed quid necesse est, dixerit aliquis, hæc perinde accipere, quasi patris tabulis relicta essent? Cur non potius res veritate penditur, ut, cum tabulis secundis relicta sint a substituto, inde etiam vere relicta esse intelligantur? Cur, cum substitutus pupillo succedat, hæc tanquam a suo herede reliquisse videtur pater? Et saoé oon difficilis ex superioribus hujus rei ratio est. Quia nimirum pater si ab alio herede, & de aliena hereditate leget, inutile legatum sit, sicut antea ostendimus. Necesse est igitur, cum patrem a substituto impuberis legare posse dicamus, ut legata inde data valeant, hoc perinde accipiamus, quasi a suo herede pater reliquerit, & suo testamento. Et revera substitutus impuberis, patris quoque heres intelligitur subducta persona pupilli, cum a patre ad eadem bona cum impubere vocetur. De testamento autem filii, quanquam in eo versatur maxime hereditas pupilli; nemo tamen dubitat, quin factione ipsa patris sit testamentum; quippe quod pater ipse facit, non filius sibi. Ut proinde quæ eo testamento relicta sunt, uno testamento patris vere relicta essa intelligantur. *L.* 2. *D. de vulg.* §. *igitur. Inst. de pup. subst. L. Papinianus.* §. *sed nec. D. de inoff. test.* Cujus rei cum alia multa, tum hoc maximum argumentum est, quod cum ex diversis testamentis jus accrescendi non contingat inter eos, quibus eadem res iis testamentis legata est: *L. si sub conditione. D. quib. mod. us. amit.* tamen si legatum primis tabulis Titio detur, secundis tabulis eadem res Sempronio; Sempronium cum Titio concurrere placet, quandocumque ex secundis tabulis locus esse cœperit substituto: quasi uno eodemque testamento patris eadem res duobus relicta sit. *L. coheredi.* §. *coheres. D. de vulg. subst.* Cum autem plerisque aliis in rebus propria testamentum ipsius filii & dicatur, & habeatur, ut in quo non de suis tantum bonis pater, sed omnibus bonis impuberis, quæ vel nunc illius propria sunt, vel suot aliquando ejus futura, heredem instituat: recte addidit Papinianus hæc verba in hac parte juris, cum intelligi vellet, in hac parte secundas tabulas pro tabulis ipsius patris accipiendas esse, cum aliis in rebus aliter interdum habeantur.

Ideo

Ideo autem dixit, perinde habenda legata quasi primis tabulis sub conditione relicta essent, quia quidquid a substitnto relinquitur, necesse est eadem conditinne relictum intelligatur, snb qua ille heres institutns est. *L. aliquando.* 107. *D. de cond. & dem.* Porro omnis snbstitutns impuberis hsc conditione substitnitur, si impubes intra pubertatem decesserit.

AD §. *SI FILIO.* EJUSDEM *L. IN RATIONE.* 11. *AD LEG. FALC.*

Et alterius portionem oneraverit.

PUta [8] cum quadringenta in bonis haberet, ducenta ab eo secundis tabulis legaverit, quæ portio ejus fuit.

Quam pupillis non haberet.

Finge enim, ab eo ducenta tantnm legata esse, cum quadringenta ex bonis patris scoiperet.

Vel unus pupilli substitutus.

Unum accipe alterum illum ex his duobus snbstitutis, cujus portio onerata non sit. Finge enim, sb eo centum fuissa relicta, hoc casu neqne pupillns ex persona sua Falcidiam indnceret, neqne hic snbstitutns, si unus esset. Contributis enim omnibus his legatis, tam qnæ primis tabulis ab impubere relicta essent, quam quæ secundis, reperiretur, supra dodrantem paternæ hereditatia legatum non esse, cnm hæc trecenta efficiant; sint sutam in bonis quadringenta.

Consequenter prioribus, quæ de patrimonii ratione dicta sunt.

Dictnm est enim, si legata omnia tam quæ sb instituto, quam quæ secundis tabnlis ab uno substitnto legsta snnt, non excedant dodrantem paternæ bereditatis, nihil de legstis unquam substitutum detractnrnm. Ita etiam fieri aliqnando posse, ut snprs vires patrimonii ejns, quod a pupillo accipit, conveniatnr. His ergo consequens esse videtur, ut cnm legata ab nno ex his substitntis data non excedant dodrantem, alter nihil possit deducere, ut maxime supra vires portionis snæ conveniatnr: qnia si ab initio locus legi Falcidiæ non fuit, vereri non debemus, ne supra vires patrimonii pupilli legata aliquando præstsre cogatur.

Atque si ita patri heres exstitisset.

Si qnis ipsi patri ita pro parte heres exstitisset, ut ejus portio sopra dodrantem onerata esset: is utique quartam suæ portionis detraheret ex omnibus legatis, etiam si ab altero nihil legatum foret; propter regulam qua traditur, in singnlis heredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse. Ergo in prnposito poterit substitntus, cujus portio ex substitntione onerata est; qnia hic perinde sit, quasi & eam portionem testamento patris accepisset, & eodem testamento legsta ab eo relicta essent.

Ut

8) In hac §. 6. confido, me omnino expressisse sententiam Donelli nostri, scholiis tuis prodnam, verbis fere aliis, sed ita, ut percepta eu hit, quam ex ipso, sit facilior, & plenior. Sed non perinde (si quod videtur fas est dicere) ut in *praced.* §. exponenda, ita & in hoc felix videtur. Inprimis hoc probare non possum, quod casum ponit noster, qua cum 400. in bonis essent legata, tamen ab herede filio, & utroque substituto in universum 500. & sic patrimonium, quod fuit testatoris eum moreretur, non exhaustum tantum, sed immo plus quam exhaustum. Deinde nec istud placere potest, quod cum JC. simpliciter dicat, alterum substitutum Falcidiam inducere non posse, Donellus tamen id ita accipit si scilicet unus esset. Quid hoc ad propositum. Certe JC. dum ponit speciem, in qua duo substituti, alterumque Falcidiam non inducere asserit, in eadem specie intelligit, non in alia, qua unus substitutus, quia eam non tractat. Nec etiam conveniens sic fit ratio dubii, quam noster fuisse putat. Nam quod si initio L. Falcidiæ locus non fuit, nec postea esse potest, quia tempus mortis spectatur, ut per §. *praced.* id hunc sensum habet. Quando Falcidiæ deductioni non est locus, si is, de quo quæritur eu deducat, statim successisset testatori tempore mortis, ea quod salvae ipsi fuisset quadrans, tunc nec eidem locus, si post aliquod tempus succedat, mutatione interim, & imminutione bonorum contingente. Atqui in præsenti substitutus e quo 200. relicta, si statim cum moreretur paterfamilias succederet, utique deduceret Falcidiam. Non itaque vera est ea, quam Donellus ponit, dubitandi ratio. Rationes vero dubitandi veras esse oportet, non falsas, licet di-stent in eo a ratione decidendi, quod hæ & veræ, & bene applicatæ, illæ veræ, sed male applicatæ. Ant. Fab. *ad L.* 51. *pr. de pact.* Quid igitur habendum? Conjecturam meam proferam, paratus relinquere, certiora edoctus. Videtur species ponenda, ubi e pupillo infra dodrantem relictum: forte 100. ab altero substituto nihil, ab altero 200. Hic, quia legata in universum dodrantem totius assis non excedant, videri poterat, quicunque casus exstitisset, integra legata præstanda. Nam cum una esset institutio, videbatur semel tantum, & unica Falcidia, ratione totius assis, inducenda. Cui consequens videbatur, ut casu substitutionis eveniente, alter oneratus, licet in semisse hereditatis tantum 200. acciperet, tamen 250. & ita ultra vires portionis suæ, videlicet 200. a se relicta, & 50. ex relictis e pupillo (Reliqua enim 50. exsolvenda e consubstituto) præstare cogeretur. Neque hoc omnino absurdum videbatur, sed consequens est, quæ de patrimonii ratione dicta erant; id videlicet spectari, quod fuit tempore mortis, ut si tum ex asse quadrantem relinquant, legata plena præstanda sint. Sed ratio decidendi in regula illa: In singulis heredibus rationem Falcidiæ componendam esse. Quæ licet sit de institutis, ac heredibus testatoris, ex ratione tamen eadem trahitur quoque ad substitutos, uti hoc quidem noster recte exponit.

Ut enim opes patris, & contributio.

Opus, legendum esse, non 9 *opes* ut in Pandectis Florentinis, & absurditas hujus scripturæ, & sententia loci manifeste arguit. Nam primum plane absurdum est dici opes, & facultates patris capere formam, & originem a patre, qui eas possidet. Res, quæ sunt in bonis cujusque nisi sint quæ artificio hominum constant, formam suam a natura accipiunt, non a possessoribus. Et prius sunt in rerum natura, a qua & originem suam habent, quam incipiant esse in opibus, aut bonis cujusquam. Multo absurdius, si quis dicat, opes patris accipere formam, & originem ex testamento patris. Prius res esse oportet, quam testamentum, ex quo res quæ sunt, deferantur. Neque testamentum res nostras facit; sed quæ nostræ sunt, in testamentum conferuntur. At *opus* recte convenit, estque omnino ex ipsius loci sententia. Opus patris vocat Papinianus hoc loco secundas tabulas, & quidquid in his tabulis recte factum legitur. Recte *opus patris*, quia pater hoc quidquid est, facit. Nam & facit secundas tabulas, quod est testamentum impuberis; & heredem, qui eo testamento datur impuberi, ipse pater substituit filio, non filius sibi. *L.* 2. *in pr.* §. 1. §. *prius. D. de vulg.* Jam vero quam hoc recte dicitur id totum opus inde capere formam, & originem? Intelligit enim testamentum impuberis, & quidquid in eo est, accipere formam, & originem, idest, accipere ut sit, & consistat, inde, idest a patre, de quo modo locutus erat, ac per hoc ex testamento patris. Qua sententia constat, nihil esse per se verius. *d. L.* 2. §. *quisquis. D. de vulg.* Hoc autem ipsum sentire Papinianum, declarat, quod de contributione legatorum simul annectit. Dicit enim & contributionem legatorum similiter inde capere formam, & originem. Scimus contributionem legatorum eum dicere, cum quæ legata secundis tabulis relinquuntur, contribuuntur cum his, quæ primis tabulis relicta fuerant. Unde igitur ista contributio, ut fiat, vim accipit? An non ex eo, quod omnia hæc legata sic accipiuntur, quasi pater suo testamento a suo herede reliquisset? *L. in duplicibus.* 79. *in fin. eod.* Quod si hujus contributionis vis ex patris testamento: an non & superioris operis paterni vim a patris testamento esse intelligit Papinianus, qui ista una oratione conjunxit? Jam quam hæc proposito probando conveniant, videamus. Ita vero conveniunt, nihil ut possit fieri convenientius. Est igitur argumentum hujusmodi. Ut secundæ tabulæ, & quæ in his a patre fiunt, item contributio legatorum, qualem diximus, ut sint illo modo, quo illa esse, & consistere dicimus, inde accipiunt, quod existimentur esse a patre, seu ex testamento patris; sic ipsa quoque substitutio impuberis secundis tabulis facta ita accipienda est, ut videatur primis tabulis scripta esse, quo inde vim, & originem capiat; atque hoc modo fiat, ut substitutio pro institutione ipsa patris habeatur. Atque hinc etiam illud, quod Papinianus ait, ut plures substituti revocandi sint ad intellectum institutionis, idest, intellectu perinde habendi, quasi essent instituti; sed, ut adjicit, subducta persona pupilli. Ideo adjectum, quia substituti non ante vocantur ex substitutione, ut heredes sint, quam pupillo sublato de medio, ejus mors substitutioni locum faciat. Quod si ante heredes esse non possunt, ne pro institutis quidem ante haberi possunt. Jam vero si duos istos substitutos, qui hic proponuntur, fingeremus esse institutos, & unius portio onerata esset, nemo dubitaret, quin portionis suæ quartam partem habere deberet, cum certi juris sit in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ poni debere. *L. in singulis.* 77. *eod.* Quare & in pluribus substitutis impuberis idem faciendum erit, cum pro heredibus patris haberi debeant in eo, quod in eos pater ex substitutione contulit.

Quid tamen dicemus de altero, qui non est oneratus.

Non est oneratus sic accipe, ex sua persona. Ut si fingas, sicut ante posui, centum ab eo secundis tabulis fuisse relicta, cum ad ducenta ex substitutione vocatus esset. Finxi enim quadringenta fuisse in bonis patris. *Et*

9) Sed recte Florentina & recepta lectio, neque hac immutatione, neque etiam trajectione verborum, quam Goveanus in d. §. 6. Facit, opus. Ubi JC. sic loqui reperimus: Opus patris, id est actus a patre celebratus: Opus facere, inchoare, incipere, perficere, locare, extruere, demoliri, nunciare legimus frequentes, sensu longe diverso. Opus pro actu aliquo, & dispositione vel inter vivos, vel ultima voluntate nullibi inveniri arbitror. Et utut sic dici posset, cur tamen JC. hic cum speciale nomen suppeteret, uteretur generalissimo. Nec absurde dicimus opes patris capere formam, & originem ab eo. Licet enim res ipsæ, quæ sunt in opibus e natura, ut sint, acceperint, tamen, ut sint in bonis, & opes habent a patre, qui eas acquisivit: Opes enim non pro rebus, sed pro bonis, ac patrimonio usurpantur, ut *L.* 3. ibi. *&* *hereditatis opibus adjuvare.* & ibi *amplificatis opibus.* C. de natural. lib. & apertius in *L.* 7. *C. de inoff. donat.*

Et aliquid ultra dodrantem sit.

Quod necessario eventurum est in specie proposita. Cum enim ducenta ab impubere legata sint, illo mortuo, ex persona impuberis centum accedent, quæ hic substitutus nomine illius præstet. Ita jam ducenta efficientur. Centum enim ex sua persona, centum ex persona impuberis debebit. Id autem totam substituti portionem exhaurit, qui ex substitutione, si integris patris bonis statim successisset, habiturus solum fuerit ducenta.

At quin quartam habet.

Ubique [10] sic accipe quartam habere illum, & non fuisse oneratum ex sua persona, & si solum ejus personam remota filii persona spectes.

Neque idem patitur instituti comparatio.

Sensus est, neque si hunc substitutum, de quo quærimus, instituto comparaverimus, id est, finxerimus perinde esse, quasi subducta persona pupilli, patri heres extitisset: idem tamen patietur hæc comparatio, quod in altero substituto jam diximus, ut propter hanc caussam hic quartam ex sua portione retinere possit, sicut illum diximus posse ob id, quod illum ad intellectum institutionis revocandum esse diximus. Et cur non idem? quia etiam si hunc substitutum pro instituto habeamus, non tamen ejus portio onerata fuit, ut illum rationem legis Falcidiæ inducere posse dicamus, sicut ille potuit, qui fuit oneratus.

Rursus si negemus, aliud quam quod vulgo probatum est, respondetur.

Nam si negemus, hunc, cum ducenta præstet, & supra dodrantem suæ portionis quartam ejus portionis posse retinere, & solum ea legata spectemus, quæ ab ipso legata sunt, aperte negemus legata contribui, tam quæ primis tabulis ab instituto, quam quæ secundis a substituto relicta sunt. Quippe cum si omnia contribuantur, & præstentur habita legis Falcidiæ ratione in iis bonis, quæ pater cum moreretur, habuit, necesse sit, hunc quadrantem de ejus substituti portione detrahere; quoniam ab initio legata omnia ejus portionis dodrantem excesserint. Atqui jam ante vulgo probatum esse diximus legata omnia contribui. Si igitur hunc negabimus quartam deducere posse, aliud aperte, quam quod vulgo probatum est, respondebimus. Quod cum absurdum sit, necesse est hunc quoque suæ portionis quartam partem retinere posse dicamus. Itaque concludit Papinianus, utrumque istum substitutum pariter quartam de sua portione retenturum, cum legata supra dodrantem suæ portionis uterque præstet. Solum, inquit, in eo varietas existet, quod alter tanquam institutus desiderabit quartam, alter ut substitutus detrahet.

Velut institutus desideret quartam.

Quia legata suo nomine præstat supra dodrantem portionis suæ, etiam si non accedant ea, quæ pupilli nomine solvi debeant, ut a substituto. Itaque hunc prius in inducenda Falcidia ex sua persona instituto comparavit.

Alter

10) Nec hæc expositio placere potest. Nam nihil immo habet ante existentiam conditionem substitutionis. Nec potest vel oneratus, vel non oneratus substitutus prius haberi pro instituto, quam *subducta persona pupilli*, id est eo mortuo. Mortuo autem eo, certissimum est in specie Donelli, eum oneratum ex ejus portionem exhaustam. Sed & hypothesin Donelli non convenire potest inde, quod hic dicitur, *aliquid ultra dodrantem esse in omnibus*. Quibus significatur aliquantulum excedere legata dodrantem, non totam hereditatem exhaurire. In specie vero, quam noster posuit, legata non tantum exhauriunt, sed immo assem excedunt. Puto autem non in eadem specie in vers. *Quid tamen*, exprimere JCtum quid juris in altera non onerato substituto ratione quartæ. Nam cum in priori specie ne quidem accedentibus legatis ex persona pupilli pro sua dimidia præstandis, ultra dodrantem oneratus reperiatur, nec illi quæstioni locus est. Sed transire eum ad aliam speciem, quod & convincunt verba, *de alterutro*. Non dicit *de altero*, in casu relato, sed *de alterutro*, id est uno ex duobus, sive hic sit, sive ille. Species sic poni poterit: Habens 400. in bonis datis filio instituto, a quo legavit 60. duobus substitutis Cajo, & Sejo: a Cajo legat secundis tabulis 170. & sic is oneratur ultra dodrantem suæ portionis. A Sejo relinquit 150. & sic is nomine proprio non est oneratus. Propter tamen accedentia 30. ex persona pupilli reperitur oneratus, cum legata, si integra præstanda sint 180. & sic 20. tantum retineret, nec quartam suæ portionis. Quæritur igitur, an Falcidiam inducat. Ratio dubitandi quia hic non est locus comparationi instituti, ut in priore specie. Ibi enim oneratus tantum ex sua persona habetur pro instituto, ac si primis tabulis scriptus esset. Hic, si idem dicamus, eveniet, ut a se tantum legata præstaret 150. a pupillo autem relicta, omnino intercidderent; quia fungitur instituto, non potest aliquid præstare ut substitutus. Non possunt duo diversi respectus in unum, ratione ejusdem concurrere. Non potest quis in eodem testamento censeri institutus primo, & secundo gradu, tametsi possit in diversis assis partibus; ut cum coheres coheredi substituitur. Quod si itaque pro instituto eum habebimus, non poterit videri oneratus, cum legata a se tantum relicta præstet, & ita quadrans ipsi citra deductionem integer sit: Atque hunc sensum esse suspicor verborum *atquin quartam habet*, &c. Contra tamen deciditur ex ratione, quam Donellus noster exponit. Atque ita Cajus nomine proprio deducet quartam, quasi institutus, quia nihil est, quod ex persona ejus fictionem impediat. Sejus vero ut substitutus beneficio contributionis. Cujac. 4. *Obs.* 35

Alter, qui non est oneratus, ut substitutus.

Si enim hunc tanqoam institutum ex dimidia parte fiogeres, nihil detraheret: quandoquidem hoc modo non est oneratus. Cum vero tunc ooeratos esse incipiat, cum legata pupilli nomine præstat, idque faciat tanqoam pupilli aubstitutus: recte colligitor, si propter contributionem eorum legatorum, quæ nuoc præstat, Falcidia utatur, id eum tanquam aubstitutum facere, noo tanquam institutum. Verum, ut aote dixi, sub qua persona uterque Falcidiam inducat, dummodo quadrantem suæ portionis retineat, in re ipsa nihil ioterest. Tantumque hæc varietas a Papiniano exposita eo pertioet, ut utrumque posse detrahere quadrantem suæ portionis probet, sive tanquam institutus id faciat, sive taoqoam substitotus.

Huic consequens est.

Cum ita quædam legata snnt primo, ut modum legis Falcidiæ non excedant, verum accidere tempus potest, cum alia legata exsistaot, quæ sub conditiooe relicta sunt, ac tum omnibus contributis legi Falcidiæ locus fiat: ipsa quidem, quæ ounc præseotia sunt, solida præstantur, sed hac lege, ut legatarius satisdet, se quanto amplius per legem Falcidiam licet, ceperit, esse restitutnrum, si forte illud tempus venerit, cum alia debeantur. Id quod accidit inter cætera, cum a pupillo quædam legata snot, quæ non excedunt dodrantem paternæ hereditatis. Hæc eoim solida a tutoribus præstaoda snnt. Sed quia verendum est, ne, impubere eo mortuo, alia legata inveoiantur, quæ, cootributione facta, dodrantem excedant: officium tutorum est, ut, in legatis ex persona pupilli solvendis, curent, sibi caveri a legatariis, ut quanto amplius ceperint, quam per legem Falcidiam licet, id restituant. *L.* 1. *D. si cui plus, quam per leg. Falc. lic.* *L.* 1. §. *interdum. ad leg. Falc.* Fingamus igitur, ita pupillo de Falcidia fuisse cautum: Ea stipulatio videlicet, inquit Papioianus, heredibus pupilli, id est, substitutis, mortuo pupillo, committetur, pro ea portiooe, quam sibi quisque de legatis in quartam retinere potuisset.

CAP. XXIV.

In computatione legatorum ineunda, quæ pro legatis habenda sint, & quanti quæque æstimanda, cum hoc quæritur, an supra dodrantem legatum sit.

An supra dodrantem legatum sit, cognoscitur ex comparatione legatorum cum patrimonio. I.

Omnibus contributis legatis, iisque æstimatis, intelligitur quantum sit legatum. II.

In hanc contributionem non solum veniunt legata, & fideicommissa, sed & donationes tum causa mortis, tum inter virum, & uxorem morte confirmatæ. III.

Item ea, quæ mortis causa capiuntur: videlicet, quæ heres implendæ conditionis causa præstare cogitur, ut heres exīstat. IV.

Cæterum, quibus non erogatis, nihilo minus heres esse potuit, ea non imputantur. V.

Epilogus. VI.

Legatum, si inutile, in Falcidiam non imputatur. VII.

Si inutile, solum commodum imputatur, quod ex eo percipitur. Hujus rei tria exempla. VIII.

Si creditori debitum legatum, ita tamen, ut plus sit in legato, quam in nomine, non totum, sed in tantum, quod commodum adfert, in computationem venit. IX.

Si fundus certo pretio vendi, aut emi jussus, non totum pretium, nec totum fundum, sed quod ultra justam æstimationem fundi fuit, quanto pluris emit, minoris vendidit, heres computabit. X.

Aliud est si fundus decem dignus, legatus sit Titio sub conditione si quinque heredi daret; nam totus fundus computabitur. XI.

Immo & si fundus, cujus justa æstimatio decem, sub conditione si decem daret heredi relictus, fundus tamen totus veniet. Ratio differentiæ. XII.

Si in diem, aut conditionem legatum sit, quantum interim heres lucraturus ex fructibus, vel usuris, tanto minus erogare censetur. XIII.

Pro-

Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. XIV.

Annua legata, alimenta, ususfructus commune pretium non recipiunt. Quare quid de his censuerint veteres: XV.

Si quid annuum reipublicæ relictum, tantum censetur legatum, quantum sufficit sorti ad usuras trientes ejus summæ colligendas. XVI.

Cur ad usuras trientes, non ad semisses, vel besses fiat æstimatio. XVII.

In annuo legato privato relicto sic æstimatio fit adversus legatarium, ut, si in præsenti non excedat dodrantem, solidum solvatur. Cum autem ille annus venerit, ut, collatis pensionibus præcedentium annorum, dodrans excedatur, retro omnia legata singulorum annorum minuuntur. Et in his præstandis quæ cautio. XVIII.

Si inter heredem, & alios legatarios apud judicem Falcidiæ ratio habeatur, tanti legatum æstimatur, quanti venire potest; mortuo eo, nihil aliud spectatur, quam quid heres ex ea causa præstiterit. XIX.

Nonnullæ objectiones diluuntur. XX. XXI.

In alimentis, & usufructu computationi faciendæ hanc esse formam Macer scribit, ut a prima ætate usque ad annum 30., computatio annorum triginta fiat; ab annis vero 30. tot annorum, quot ad annum 60. deesse videntur; post 60., quinque deinceps anni semper numerentur. Probatur, hanc computationem etiam ad cætera legata annua pertinere. XXII.

Utrum in æstimando usufructu Reipublicæ legato triginta annorum computatio facienda. XXIII.

I. POstquam ex lege intelligimus, supra dodrantem hereditatis legare non licere, quo fiat, ne minus quam quartam partem hereditatis heredes ex testamento capiant, & quorum heredum caussa id caveatur, tenemus: proximum erit ad propositum legis obtinendum, ut, si contra factum esse dicetur, an id ita factum sit, quæratur. Sic enim fiet, ut si comperiatur supra dodrantem legatum non esse, solida legata debeantur. Sin contra, tum ad pœnam legis in minuenda legatis justo ordine progrediamur. An supra dodrantem legatum sit, nec ne, sic constare potest, si ex una parte quantum legatum sit, ex altera quantum sit patrimonium defuncti, cognoverimus: ut proinde circa legem Falcidiam utriusque rei quantitas exquiranda sit. Ita enim, cum amborum subducta ratione summas collegerimus, facile cum inter se comparabuntur, num legatorum summa patrimonii dodrantem excesserit, videbimus.

II. Quantum legatum sit, omnibus contributis legatis, quæ eo testamento præstanda sunt, iisdemque quanti re vera sunt, æstimatis, facile intelligemus.

III. Ac primum in hanc contributionem sciendum est venire non solum legata, [1] & fideicommissa, quæ proprie ita dicuntur, & de quibus lex nominatim cavet, sed etiam quæcumque donationes legatorum numero sunt, quia morte confirmentur. In quo genere habentur donationes caussa mortis factæ. Quæ & ipsæ lege Falcidia minuuntur. Morte enim testatoris, ut legata confirmantur. *L. si mortis. L. penult. C. ad leg. Falcid. L. circa.* 66. §. *ultim. D. eo. tit.* Itemque & [2] donationes inter virum, & uxorem factæ,

1) Licet enim Duar. *h. l. C.* 7. Fachina. 5. *Contr.* 12. contendat, ad fideicommissa singularia non pertinere legem Falcidiam, sed SC. Pegasianum per. §. 5. *vers. ex singulis I. de fideic. hered.* & quia tempore latæ legis Falcidiæ fideicommissorum nullæ vires: contra tamen olim videtur ex fideicommissis singularibus Falcidiam, non Trebellianicam, deduci, iisque legis Falcidiæ interpretationem accommodatam esse per SC. Pegasianum, Chiflet. *Lib.* 1. *de Jur. Fideic. C.* 3. & *Lib.* 4. *C.* 8. P. Greg. 42. *Synt.* 31. *n.* 6. & *C.* 34. *n.* 7. Simon. de Præt. *Li.* 3. *de in Interpr. ult. vol. Interpr.* 5. *Dub.* 1. *sol.* 2. *n.* 7. Peregrin. *de Fideic. Art.* 1. *n.* 1. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 6. maxime jure novo, quo fideicommissa singularia per omnia legatis exæquata, vid. Vasq. *Li.* 2. *de Succ. resol.* §. 11. *n.* 11. ubi ad *d.* §. 8. Resp. eamdem retentionem esse in particularibus fideicommissis, sed non dici quo jure fiat. Et immo dum dicitur, eamdem *permissam* esse inmui Falcidiam jam olim inductam in legatis, nunc translatam esse ad fideicommissa. Quod si de Trebellianica sentiret Imperator, diceret inductam esse. Sane hujus opinionis veritatem vel inde liquere puto, quod Trebellianicæ quartæ introducta magis ultimæ voluntatis sustinendæ caussa, ne aditione defecta irritaretur, quam favore heredis. Et simul inductum, ut heres cogatur adire, vid. *supr. Li.* 7. *C.* 21. & *seq.* At non cogitur adire heres, a quo fideicommissa particularia relicta *L.* 14 §. 6. *ad Treb.* Ubi igitur non est necessitas, & compulsus adeundi, ibi nec quadrans Trebellianicus. Deinde nulla dubitandi ratio esset in *L.* 47. §. 1. *h. t.* an legatarius in relictis a se inducat Falcidiam, si quidem jure Digestorum tantum legatarii committi potuit, non ab eo legari. Eo ipso itaque quod negatur legatario ex fideicommisso Falcidiæ deductio, conceditur heredi. Effectus autem quæstionis, & usus magnus, Nam plura imputantur in Trebellianica & melius agitur cum herede, si retineat Falcidiam. vid. *infr. C.* 26.

2) Idem erit si acceptilatione mortis caussa, ut fieri potest *L.* 31. §. 1. *de mor. ca. do.* debitum remissum sit, Gov. *ad L.* 15. *pr. h. t. n.* 2 Et in usufructu omnium bonorum mortis caussa conjugi donato habere locum legem Falcidiam. Modest. Pist. *P.* 4. *Q.* 160. In Electoratu Sax. *ex Nov.* Augusti 1. *P.* 5. Falcidiæ in donationibus mortis caussa locus non est, ab intestato scilicet. Quo tamen nec jure civili Falcidiam detrahi cum Græcis statuit P. Fab. *ad L.* 18. *de R. Jur. cir. fi. per L.* 20. §. 1. *de leg. præstand.*

factæ, quæ morte donatoris, cum eum non pœnituisset, confirmatæ sunt, eadem ratione [3] *L. in donationibus. C. eod. L. cum hic status. in princ. de don. int. vir. & uxo.*

IV. Quæritur de his, quæ heres ita dat, ut ab eo qui accipit, [4] mortis caussa capiantur. Sic enim dicuntur capi ea, quæ nec hereditario, nec legati, aut fideicommissi, aut ullius mortis caussa donationis jure capiuntur; sed tamen quorum extra has caussas capiendorum occasio per mortem testatoris obvenit. *L. mortis caussa.* 31. *D. de mort. cau. don.* Veluti, si quis institutus sit sub conditione, si Titio decem daret, & conditionis implandæ caussa dederit. Hæc decem ita data mortis causaa capi dicuntur. *L. inter. D. eod.* Quia scilicet nihil hic testator in Titium collatum voluit, ut in speciam aliquam legati, vel fideicommissi caderet. Heres enim institutus, si volet, dabit; si non vult, nulla res cogit eum dare, ut heres fiat. *L. si quis sub conditione. D. si quis om. caus. test. L. nec emare. C. de jur. dalib.* Et tamen si dederit, negari non potest, quin eorum capiendorum occasio Titio per voluntatem testatoris obvenerit. De hoc genere, inquam, quæritur, si quid ita ab herede legatum fuerit, possitne hares in Falcidiam, id est, in contributionem legatorum imputare, ut, si hac pecunia accedenta, & imputata, relictorum summa axcedat dodrantem, etiam legis Falcidiæ ratio haberi debeat, ut & reliqua, quæ ex testamento data sunt, & hæc ipsa decem ad modum, quam lex Falcidia exigit, minuantur. Si verba legis sequimur, negabimus, hanc pecuniam in contributionem relictorum venire: quia lex de legatis loquitur, hæc autem pecunia neque legatum est, neque legati vim habet, ut quæ nulla necessitate obstringat heredem. *d. L. si sub conditione. si quis omis. cau test.* Et fortassis ita obtinuerat sententia apud veteres. [5] Justinianus autem magis mentam lagis, quam verba secutus, constituit, hoc quoque totum genus præstationis cum lagatis ipsis, quæ proprie ita dicuntur, in Falcidiam, & contributionem legatorum sic imputari, si quis sub ejusmodi aliqua conditione heres sit institutus, & dederit. Sic autem imputari, ut sive id per se excedat dodrantem hereditatis, revocari debeat ad modum legis Falcidiæ, ne supra dodrantem heres præstare cogatur: sive non par se, sed cum aliis excedat, ipsum & imputari debeat in contributionem legatorum, & una cum reliquis pro portione minui. Hoc ille in *L. penul. C. ad leg. Falcid.* optima ratione. Nam si id heres conditionis implandæ caussa præstare cogetur, ut heres exsistat, neque tamen id in Falcidiam imputare liccbit: inventa erit ratio, qua his erogatis propter hereditatem, heredes quartam partem hereditatis non habeant. Simul & in eo aperte lex circumvenietur. Si quid enim totum Titio præstari volumus, quod si legaremus, solidum propter legem Falcidiam præstari non posset, id scilicet non legabimus, sed heredam instituemus sub hac conditione, si id Titio dederit, & ita jam id solidum præstabit, ut nec in Falcidiam imputatur. Quod fit aperte in fraudem legis. Sed hoc in eo herede solum cavet Justinianus, qui ipse institutus est sub conditiona, si decem daret.

V. Non idem probandum est, si quid heres præstiterit, quod ita erogare non cogeretur, ut simul si non præstaret, nihilominus heres esset, tamatsi quod erogaverit, mortis caussa capiatur. Ut in hac specie receptum est: heres meus, si penum non dederit, decem dato. In qua placet, si heres decem dederit, ea in Falcidiam imputari, quia vera legata sunt. Sin evitandæ pœnæ caussa maluerit penum dare, penum in Falcidiam non imputaturum. *L.* 1. §. *item si ita D. ad leg. Falcid.* At enim penus hic mortis caussa capitur. Sed non est legata. Atqui fatemur, ne in superiore quidem specie decam conditionis implandæ caussa legata esse, quæ tamen in Falcidiam imputari dicimus. Ita est: sed non hæc sola ratio in proposita specie removet Falcidiam, quod penus non sit legata: sad hoc accedit amplius dissimile a priore, quod nihil hic proponitur ex verbis, aut mente

te

3) *L.* 15. §. 5. *D. h. tit.* Quid igitur si jure Saxon. ubi consanguinei heredes uxoris tantum in immobilibus, uxor donet marito omnia bona, an heredibus uxoris debetur Falcidia ex omnibus bonis, an vero in immobilibus solis? Quærit Modest. Pist. *P.* 1. *Q.* 48. & indecisum, hæsitans fere, relinquit. vid. Jac. Sculter. *ibid. in Addition.*

4) Mortis caussa capionem esse cum nomen specialis dispositionis sufficit Simon. de Prætis *Lib.* 2. *de Int. ult. volunt. Interpr.* 2. *Dubit.* 1. *solut.* 6. Marct. *Tr. Quartar. C.* 7. *n.* 11. definit: Relictum innominatim, cujus capiendi mors occasionem præbet. Ibidem notat, hoc specialiter esse mortis caussa capionem; generaliter vero omne relictum præter institutionem, per voculam, &, implicativam in *L.* 38. *de mor. ca. don.* Sed deficit hæc descriptio. Nam & non relictum, quodque nec ex judicio testatoris percipitur, mortis caussa capi dicitur, ut hereditatis omittendæ caussa datum vel promissum, *L. fuit.* 24. *de acq. her.* Vid. & Nic. Valla *de Reb. dub. Tract.* 14. n. 1.

5) Gov. *ad L.* 1. §. 8. *h. t. n.* 1. regulam negativam constituit, quia hæc præstat heres ex voluntate, ut defugiat onus legati. Decisionem autem *d. L. pen. C. h. t.* casum propositum non egredi.

te legis, cur penus, quæ mortis caussa capitur, in Falcidiam imputari debeat. Ea enim hic non imputata, non ideo quidquam fit in fraudem legis. Nam si decem, quæ legata sunt, heres dederit, ea in Falcidiam imputabit, & de his, ut de cæteris legatis, Falcidiam detrahet. Quod si maluerit penum dare, sibi imputare debebit, non testatori, per quem nihil factom est, quominus heres in eo, quod legatum erat, ex ejus voluntate legis Falcidiæ beneficio uteretur. Ex quo idem Paulus tractat in *d. L.* 1. §. *item si ita.* in hoc legato heres meus penum dato, si non dederit, decem dato, num penus legata sit, necne. Huc spectans videlicet, ut si constiterit, lagatam esse, in contributionem cæterorum legatorum veniat; si non sit legata, non veniat. Ait igitur, legatam videri, si [6] antequam moram fecisset heres, eam restituerit; si mora facta esset, idest, si interpellatus non dedisset, ex eo desinere deberi, ac, velut conditione existente, qua verum sit, penum datam non esse, cum testator voluit, legatum penus in decem transfundi. Ita eveniet: ut, si post moram penus soluta sit, quia mortis caussa capitur, in Falcidiam non imputetur. Hæc ille. In quibus & penum a principio deberi ostendit, quamvis ita peti non possit, ut heres eam dare cogatur, unde nec in [7] petitione esse eam Ulpianus scribit *L.* 1. *de pe. leg.* & eamdem post moram non esse legatam nec deberi significat, & tamen solvi posse. Neque hæc inter se contraria sunt; quanvis prima fronte consequens videri possit, si post moram desierit penus deberi, decem sola esse præstanda: quia, juxta regulam juris, aliud pro alio invito creditore solvi non posslt. *L.* 2. §. 1. *si cer. pet.* Non enim ideo penus post moram solvi potest, quia adhuc debeatur; sed quia heres ex jure perpetuo rem, quam debuit, postea offerendo, moram purgare potest usque ad litem contestatam. *L. si servum.* §. *sequitur L. si insulam. D. de verbor. oblig.* Postremo cum penum legatam fuisse dicit Paulus, eamdemque post moram in decem transfundi: Significat, in hac specie diversis temporibus duo legata esse, sed in re ipsa unum; quia aut penus soluta debeatur, aut cum desierit deberi, tum succedant decem illa, atque incipiant sola deberi. Recte igitur Ulpianus in *d. L. cum sine. quan. dies leg. ced.* unum hic legatum esse ait, & statim peti posse. Aut enim cum penus ab herede petetur, hares eam dabit, & una res est; aut moram faciet, & statim decem efficaciter peti posse incipient.

VI. Sed redeo ad rem: cujus hæc summa est, ut in computationem relictorum ex lege Falcidia solum veniant legata, & fideicommissa, & quæ lagatis comparantur donationes tum caussa mortis, tum inter virum, & uxorem. Ea vero quæ mortis caussa capiuntur non veniant, præterquam si quis sit heres institutus sub conditione si decem dederit, & conditionis implendæ caussa decem det. Quæ, quanvis mortis caussa capta, tamen in Falcidiam imputari diximus.

VII. Sed non omnia legata testamento relicta in Falcidiam imputantur. In eo hæc generalis præceptio est, ut tantum ex hoc genere imputetur, quantum in legato utile est. Cæterum si quod legatum inutile est, id in totum non imputetur. Si quod autem est utile, non tamen longius imputatur, quam quatenus utile est, seu quam quantum est commodum, quod ex legato percipitur. Jam primum inutilia legata, & quorum nomine nihil heres solvit, non imputantur. Absurdum enim sit, quod heres non erogaverit, id cum legatariis reputare ob id solum, quod testator se dare dixerit, quod vere non dedit. Veluti si res lagata sit, quæ legari non potest: *L. in ratione.* 30. §. *ultim. D. ad leg. Falc.* aut si quid sit ipsi heredi a semetipso, vel servo ejus, aut etiam a servo ejus [8] herede instituto legatum *d. L. in ratione.* §. *penult. L. si a servo.* 20. *eod. tit.* Huc pertinet, quod placuit, si quis creditor nomen debitoris sui legaverit, neque debitor solvendo sit, non modo de eo nihil posse detrahere heredem, cum nihil lagatarius accipiat: sed nec cæteris legatariis posse eum id reputare, cum re vera

6) Obst. *L.* 19. *pr. Quan. d. leg.* Govean. *ad d. L.* 1. § 8. *h. l.* Resp. non dici in *d. L.* 19. unum legatum esse, sed *intelligi* scilicet quoad cessionem dies, & petitionem, quia sola 10. peti possunt, & solius istius legati dies cedit.

7) Marq. Freher. 1. *Parergr.* 28. utilitatis caussa receptum esse, ut, si non penus confestim detur, pecunia statim peti possit. Nec expectandum, dum certum fiat penum dari non posse. Idque quia utile est hoc legatum quante ocyus solvi. Atque hæc res maturationem desiderat, cum vitæ necessitates alimenta contineant. Et penus si dari differatur, mora fit deterior, cum ea servando servari non possint. Non autem est quod A. Fab. 12. *Conject.* 17. versic. *ult. puto tamen*, &c. *d. L.* 1. *de penu. leg.* Triboniano adscribat. Nec moveri debuit vocula *indevotione*, quasi ea illatina, ac Ulpiano indigna. Quidni enim sic dixerit Ulpianus quomodo. Paulus *indiligentiam* in *L.* 9. § 6. *de Publican.*

8) Non obstat *L.* 25. *de leg.* 1. Nam omnino diversa esse imputari in Falcidia *d. L.* 25. & computari in ratione Falcidiæ ineunda *d. L.* 20. *h. t.* Fac. 6. *Q.* 47. vid. Menoc. *de Arb. C.* 256. *n.* 46. *& seq.* Nam immo ideo imputatur, quia non computatur, sed jure hereditario percipitur. Vid. *not. supr. h. Lib. C.* 7. *N.* 4. Ut mirandum sit, quod velit Cujac. *ad L.* 85. *de R. I.* JCtos dissensisse.

vera nihil sit in legato. Sed hoc ita est, si alii legetur, quod alius debet. Quod si debitori ipsi legetur, quanvis solvendo non sit: tamen id imputari in Falcidiam, recte placuit. Existimatur enim, debitor sibi ipsi solvendo esse, & quasi id acceperit, quod illi remissum est, sic etiam totum legatum æstimabitur. Hoc in *L. Nesennius.* 22. §. *ultim. ad leg. Falc.* Ex quo pendet quæstio ab Ulpiano tractata in *L. quærebatur.* 82. *eod.* quem locum satis fuerit notasse, qui hujusmodi est, ut cognita occasione quæstionis, lectione ad rem explicandam solum egest, non prolixiora, aut accuratiore interpretatione.

VIII. Sed etsi quod legatum per se utile erit: non tamen amplius in eo computabitur circa legem Falcidiam, quam quantum est commodum, quod ex eo legato capitur. Exemplo sunt tria genera legatorum: debitum creditori ipsi legatum; fundus vendi, aut emi certo pretio a testatore jussus; legatum in diem, aut sub conditione relictum.

IX. Si debitor creditori suo, quod debet, legaverit, si quidem amplius sit aliquid in legato, aut in commodo temporis, aut in genere actionis, quam in nomine: totum legatum valet, nec utilitatis solum æstimatio, sed totum petetur, quod datum est. *L. verbis.* 5. *eod. L. si creditori.* 28. *de legat.* 1. Num igitur totum in computationem legis Falcidiæ veniet? Minime, 9 sed id commodum dumtaxat, quod legatum affert. *L.* 1. §. *si quis creditori. ad leg. Falcid.*

X. Item si testator damnaverit heredem, ut fundum emat certo pretio, aut ipse vendat, utile legatum est, ut cogatur vel emere totum fundum, vel totum vendere ei, cui testator voluit. Non tamen si fundum totum venditum dederit heres, totum etiam in legato computabit: sed deducto eo, quod pretii nomine accepit, id solum, quanto pluris fundus valuit. Et e converso qui pretium pro fundo empto numeravit, huic non totum pratium abesse intelligitur, sed id solum quod ultra justam æstimationem fundi fuerit. *L. in ratione*, 30. §. 1. *eod.* Et hoc est, qui fundum alienum dignum aureis decem jussus est emere quindecim, sols quinque in Falcidiam imputabit: cum, deducto fundo, sola hæc quinque illi absint, & sola sint, quæ in venditorem utiliter conferantur. Et vice versa qui fundum suum, aut hereditarium ejusdem pretii jussus est vendere tantum quinque, his deductis, sola alia quinque imputabit; quippe quæ dum non accipit, sola donare intelligitur. *L. si dignum.* 19. *eod.* Et in summa quod testator a se debitum creditori legavit, aut quod ejusmodi est, in quo hares ex voluntate testatoris a legatario vicissim quid accipiat, id re vera hactenus nec donatum intelligitur: eoque nec eatenus legatum; cum legatum nihil aliud sit, quam donatio a defuncto relicta.

XI. Hoc loco ne quis error ob similitudinem superioris legati objiciatur, ubi eum, qui pro fundo, qui valebat decem, quinque acceperat, solum quinque dedisse videri diximus: sciendum est, non idem probandum esse, si fundus decem dignus, hac conditione legatus sit Titio, si quinque daret. Ut enim quinque acceperit heres, ac fundum dederit; totus tamen fundus in legato computabitur. *L. ad veterani.* 40. §. 1. *eod.*

XII. Plus dico, etsi sub hac conditione legatus sit, si Titius decem daret, quæ decem veram fundi æstimationem continebant, totum nihilominus fundum legatum videri, deque toto Falcidiam posse detrahi. *L. si fundus.* 65. *eod.* Quia scilicet conditionis implendæ caussa a legatario præstentur. Quod genus dati pro pretio rei legatæ non accipitur. *L. in ratione*

9) Diss. A. Fab. 4. *Conject.* 12. volens, non convenisse inter JCtos. Paulum in *d. L.* 1. §. 10. in commodo tantum voluisse induci Falcidiam; Papinianum vero in *d. L.* 5. in toto legato. Atque hujus opinionis fortiori ratione niti. (1) Quia liberum creditori petere ex contractu vel ex testamento. (e) Quod si totum legatum utile, necesse sit in toto servari Falcidiam *L.* 65. *h. t.* Sed nulla est quoad hoc JCtorum dissensio. Aperte immo Papinianus *d. L.* 5. superfluum duntaxat Falcidia minui. Rationes autem istæ nec sunt Papiniani, nec fortes; sed Fabri, & debiles. Nullum immo discrimen ratione Falcidiæ inter legatum debiti modum excedens, & inter legatum debiti diei, aut conditionis repræsentationem habens. Sed utrumque totum utile, & ex utroque tantum Falcidia ratione commodi deducetur, quatenus scilicet vel plus est in re legata, quam debita, vel tempore plus est si ex testamento agas, ubi citius consequatur. Quæ vero consequentia? Liberum est ex contractu, vel testamento petere. Ergo si ex testamento, patietur Falcidia in toto legato, non in eo, quod tempore legatum debitum excedit. Liberum est, recte. At unde nisi ex voluntate testantis, quæ nec damnosa creditori, eidemque legatario esse debet, nec potest *L.* 32. *Mand.* Quæ vero hæc iniquitas, creditorem pœnam luere facti, quod commodum aliquod testamento debitoris relictum non aspernatus est. Atqui sic facile lueret pœnam. Pone enim, deberi Titio 100. ad diem, non ita longum, solvenda forte proximis nundinis. Eadem 100. Cajus debitor legat Titio. Hereditas legatis absumpta; Falcidia inducenda. Hic si 25. sint detrahenda legato, eveniet, ut deminutione legati, multo plus damni eveniat, quam sit in commodo diei citerioris, quæ legata summa, eademque debita, præstanda foret. Altera ratio Fabri laborat vitio homonymiæ. Nam si *utile* accipis pro *efficaci*, ratio falsitatis aperte convincitur ex *L.* 26. §. e. *de leg.* 1. ubi legatum totum efficax, & plane non imminuitur per Falcidiam, vid. *supr. h. Lib.* 11. *N.* 15. & 16. Sin *utile* accipis pro eo, *quod novum commodum adfert*, ratio vera. Nam & sic noster regulam constituit, sed non adversatur, immo suffragatur. Quatenus enim ex eo nova utilitas, quæ non haberetur, si non legasset testator, eatenus Falcidiam induci verum est.

tione. 30. §. *tametsi*. *eod*. Sed cur cum quinque pro pretio accepta sunt, de quantitate legati tantumdem detrahi placet: cum autem conditionis implendæ caussa dantur, nihil detrahi: cum hoc plus quam manifestum sit, quinque ista utrobique a legatario ob id dari, ut legatum consequatur: utrobique hæc heredem pro legato habere, legatario vero eadem de caussa abesse? Differentiæ ratio est, quod pretium heres sua caussa capit, ut, hoc deducto, solum quod reliquum pretium est, legatarii caussa det. Quod autem conditionis implendæ caussa datur, [10] legatarii caussa datur, ut, hac re data, totum fundum consequatur. Quod significat Mæcianus in *d*. *L*. *in ratione*. 30. §. 1.

XIII. Jam & cum in diem quid, aut sub conditione relinquitur, ipsum quidem veniente die, aut exsistente conditione præstandum est: si tamen conditio post decennium forte exstiterit, non videbuntur decem legata. Intervallum enim temporis, & interusurium hujus spatii minorem facit quantitatem decem. Et generaliter in his tanto minus erogari ex bonis intelligendum est, quantum interea donec dies obtigit, heres lucraturus est ex fructibus vel usuris. *L*. *circa*. 66. *L*. *in quantitate* 73. §. *in diem eod*.

XIV. Sed, ut legatum esse oportet, quod in computationem legis Falcidiæ veniat: sic quanti id sit, quod venit, debet constare: ut efficiatur scilicet certa quantitas legatorum quæ cum quantitate patrimonii deinde conferatur. Quanti sit unumquodque, constabit, si certo pretio, quod servandum sit, fuerit æstimatum. De eo pretio, deque ea æstimatione ita in universum præcipitur, pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter [11] fungi. *L*. *pretia*. 63. *D*. *ad legem Falcid*. quo significatur, tanti rem quamque æstimandam esse, non quanti quis privata aliqua affectione æstimet, & sibi redemptam velit; sed quanti est re vera, & quanti omnibus valet. Sic enim interpretatur Paulus in *L*. *si servum*. 33. *D*. *ad legem Aquil*. Aut, ut idem interpretemur verbis Ulpiani, hoc dici intelligitur, omnia secundum rei veritatem æstimanda esse: hoc est, secundum præsens pratium. Nec quidquam *formali* pretio æstimandum. Sic enim loquitur in *L*. *in lege*. 62. §. 1. *ad legem Falcid*. ubi [12] *formale* pretium dici interpretor speciale. Quomodo Latini formam pro specie generi alicui subjecta usurpant. Quod se facere diserte testatur Cicero in Topicis. Recte formale, & speciale dictum in hac re, quod communi opponatur: cum dixerimus, rem unamquamque æstimandam communi pretio, seu quanti omnibus valet. Specialis istius, & non communis pratii, quod negamus hic æstimandum esse, exempla si quis requirit, abunde suppeditabunt. *d*. *L*. *pretia*. 63. *L*. *cum pater*. 60. §. 1. *L*. *alienus*. *sequen*. *ad leg*. *Falcidiam*.

XV. Sed hæc æstimatio tamdiu locum habet, quandiu proponitur res, quæ certum pretium commune recipiat. Quod si qua erit, quæ non recipiat, alio confugiendum est. At sunt quædam, quæ non recipiunt: in quibus æstimandis ideo laboratum est a juris prudentibus. Quo in numero sunt annua legata, alimenta, ususfructus legatus. Hæc utique communi judicio quanti sint, æstimare non possis; quia in his hoc ipsum incertum est, quantum sit in legato: idque propter sequentium annorum præstationes. Cum enim in his quantitas legata non huc anno solum præstanda sit, sed etiam singulis annis sequentibus: fit nimirum, ut hæ quoque præstationes æstimandæ sint. Atqui aut infinitæ sunt, si legatum perpetuum est: aut, si morte legatarii finitur, incertæ. Incertum est enim, quandiu legatarius vivat. Ita futuri temporis ratio præcipuam quandam in his æstimandis dubitationem affert. Et omnino harum rerum æstimatio ea est, quæ prudentium judicio, & regula æqui, & boni adhibita magis eruatur, quam nitatur

10) Illic pretium cum accipitur, cedit loco rei, hic non æque, Gov. *ad L*. 19. *h*. *t*. *n*. 2. Non vere venit in contributionem, si æquo pretio vendere jussus heres, licet etiam tum legatum utile esse possit, *L*. 66. *de leg*. 1. quod interesse possit legatarii habere fundum, ob affectionem. Atque vel hinc etiam Fabri sententia *N*. *praec*. relata, refellitur. Quis enim dicet, legatum hujusmodi totum minui per Falcidiam ex quo hereditati vere nihil decedit.

11) Haloandri editio habet *finguntur*, & probat Duar. *h*. *t*. *C*. 8. *f*. 558. Sed notatur a Rob. 3. *Sent*. 14. (1) quia exemplaria alia consentiunt. (2) Perquam conveniens sensus lectionis vulgatæ, hic videlicet: In locum rerum, quas restitui oporteret, si restitutio fieri nequeat, succedunt pretia rerum, & earum vicem subeunt, (hoc enim est fungi *L*. 2. §. 1. *de reb*. *cred*.) ita tamen, ut in constituendo pretio communis hominum consuetudo spectetur, non privata cujusque effectio: Optima paraphrasis.

12) P. Greg. 42. *Synt*. 34. *n*. 24. exponit *formale*, id est conventum a contrahentibus. Scite Duar. *h*. *t*. *C*. 8. forma censuali prescriptum per *L*. *forma* 4. *de censibus*. Sensus. Non inspicitur ea æstimatio, quæ tunc fuit, cum res in censu describerentur; quia forte ex eo tempore aucta vel minuta, sed quæ nunc est. Adhibenda autem est arbitrium boni viri, & experti in censura rerum. P. Greg. *d*. *n*. 24. Nec spectatur etiam æstimatio testatoris, si dixit: Fundum Tusculanum dignum 100. Titio lego, & is valeat *L*. 15. § *ult*. *h*. *t*. Ac in frumento in speciebus inspicitur, quanti in foro vendi possint per *L*. 18. §. *ult*. *de mor*. *ca*. *don*. *L*. 14. *de cond*. *furt*. *L*. 8. *C*. *de Cohor*. In fundo, vel re fructus producente quantitatem redituum spectamus. *L*. *si quas* 18. *C*. *de resc*. *vend*. Ac ratio habenda est locorum, temporum, &c. Duar. *h*. *t*. *C*. 8. *f*. 558.

Digitized by Google

tatur judicio, & ratione hominum communi. Ac de his sic veteres censuerunt. De annuis primum ita, ut in horum æstimatione non idem probatum sit, si quid reipublicæ, aut civitati alicui in annos singulos legatum sit; non idem, si quid uni alicui homini relictum; propterea quod illud perpetuum est, cum civitas ipsa non moriatur. *L. annuam. D. de ann. leg.* hoc temporale, quod una cum persona intermoriatur. *L.* 4. *eod. tit.*

XVI. Ergo, si quid reipublicæ annuum legatum sit, scriptum est in *L.* 3. §. *ult. ad legem Falcidiam.* tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes ejus summæ, quæ legata est, colligendas. Sensus est, eam computationem in hoc legato fieri, quasi ea summa relicta esset, ex cujus fructibus, & usuris, quæ non difficile colligi possent, nempe trientibus, quotannis ea summa redigi posset, quæ legata est. Ut puta, quatuor annua legata sunt. Videbuntur centum legata esse: quia ex ea tanquam sorte quadam trientes usuræ colligi possunt tantæ summæ, quanta legata est. Centum enim aurei trientes usuras reddunt ad quatuor aureos in singulos annos. Quia eorum centesima usura in singulos annos sunt duodecim, cujus usura triens sunt quatuor. Si ergo centum æstimatis, supra dodrantem parebit legatum esse, Falcidia de cæteris legatis centum detrahetur. Quid, de quatuor illis, quæ reipublicæ quotannis præstabuntur, num Falcidia detrahi poterit? (Nam cur dicamus de centum detrahi, nihil est, cum non statim centum præstentur, tametsi tanti æstimetur, cum res agitur inter heredem, & alios legatarios). Dicemus posse, cum certum sit fore, ut sequentium annorum præstationes locum legi Falcidiæ faciant. Sed quomodo id fiet? Pro portione videlicet, ut quantum de centum detraheretur, si semel præstanda essent, tantum de quatuor pro portione singulis annis deducatur. Finge igitur de centum, quartam subduci potuisse, [13] quarta quoque pars de quatuor retinebitur. Atque ita deinceps.

XVII. Sed cur summa legata ad usuram trientem æstimata est potius, quam semissem, aut bessem, aut aliam majorem? Neque enim parum interest, ad quam usuram æstimemus, quæ quo major erit, eo minor sors in legato esse intelligetur. Ut si fingas octo annua legata esse, & dicas, eam summam videri legatam, ex qua usura bes redigi possit ejus summæ, quæ legata est, centum duntaxat videbuntur legata. Bes enim usura in singulos centenos aureos in singulos annos est octo aureorum. Sin, ut nunc dicimus, tanta summa legata videbitur, ex qua usura triens ejus summæ, quæ legata est, redigatur, ducenta videri necesse est in legato. Tot enim opus est, ut usuræ trientes octo aureorum in singulos annos reficiantur. Et nimirum prudenter ea summa quæsita est, ex cujus usuris legatum annuum sine incommodo reipublicæ, & facile colligeretur. Id ita fit, si ea statuatur, ex qua levissima etiam usura redigi possit ejus summæ, quæ legata est. Ea porro est usura triens. Quod & ipsum testatur Julius Capitolinus in vita Anto. Pii, de quo ille ita scribit: Idem fœnus trientarium, hoc est, minimis usuris exercuit, ut patrimonio suo plurimos adjuvaret.

XVIII. Sed in annuo legato reipublicæ relicto, superior æstimatio excogitata est, quia cum legatum esset perpetuum, res aliter expediri non potuit. Non eadem ratio est, si quid in annos singulos privato relinquatur. Cum enim legatum ejusmodi perpetuum non sit, ut ante diximus, sed cum [14] persona una extinguatur; fructus tantum, & illa præstatio, non res ipsa, unde hic fructus percipitur, legata videri debet. Argumento erit ususfructus: qui si legatus sit, quia una cum persona intercidit, non dicimus corpus ipsum, quod fruendum datur, legatum esse, sed fructum duntaxat, sicut re vera fructus solum legatus est. Si igitur de præstando legato inter heredem, & eos ipsos, quibus quotannis præstandum est, res agetur, res ipsa veritate judicabitur, ut quantum in præsens nunc præstatur, si non efficiat, ut aliquid supra dodrantem sit, solidum exsolvatur; quia nondum Falcidia locum habet; cum autem ille annus venerit, quo fit, ut, collatis omnibus superiorum annorum pensionibus, aliquid contra legem Falcidiam ultra dodrantem debeatur, jam videlicet retro omnia legata singulorum annorum minuan-

13) Ita & Gov. ad *d. L.* 3. §. *ult.* Ant. Aug. 2. *Emend.* 10. Fach. 5. *Contr.* 14. Aug. Matth. *Li.* 2 *de Vit Jur. C.* 12. *n.* 9. & *seqq.* ubi dicit, Paulum Castrensem virum alioqui acutum, & perspicacem, fateri, quod non intelligat *d.* §. *ult.* Ignorantia inde, quod falso putarent interpretes antiqui, Centesimas esse usuras, quæ anno, trientes, quæ triennio sortem æquant. Diss. Cæcilian. Cotta *in Memorabil. v. usuræ trientes.*

14) Nisi adjecerit testator verba: & *heredibus*, ubi non tantum proximis heredibus, sed omnibus in infinitum debetur *L.* 22. *Cod. de legat.* ideoque legatum perpetuum. Licet secus sit in usufructu, ubi accipitur tantum proximus heres, ne inutilis reddatur proprietas *L.* 13. *Cod. de Usufr.* Gorcca. *ad L.* 2. §. 16. *h. t. n* 4. & 5. Unde putarem, adjectis illis verbis, eamdem computationem instituendam in annuis privato relictis, quæ in relictis Reipublicæ.

nuentur, ac non tantum ea, quæ insequuntur. *L. lex Falcidia.* 47. *eod.* Interim autem dum illud tempus pcodet, quia tantisper solida legata præstanda sunt, quæ fiari potest, ut ad legem Falcidiam postea revocentur: ideo hæc cautio erit in his præstandis, ut non nisi interposita stipulatione præstentur, qua legatarii caveant, quo amplius quam per legem Falcidiam licat, ceperint, se restituturos. *L.* 1. §. *si in annos. eod.* Et recte isto modo legatum adversus ipsum legatarium æstimatur. Quomodo enim antequam supra dodrantem legatarius ceperit, legatum ejus minuetur, cum præsertim illud nequaquam [15] certum sit tamdiu esse victurum, ut legi Falcidiæ aliquando locus fiat?

XIX. Quod si apud judicem legis Falcidiæ ratio inter heredem, & alios lagatarios habeatur, & quæratur in eo legato annuo, quod alii relictum est, quantum sit : res cogit, ut jam nunc legatum universum æstimetur. Placet autem, vivo ipso legatario tanti æstimandum, quanti venire poteat in incerto posito, quandiu legatarius victurus sit. *L. cum Titio.* 55. *eod.* Quis enim dubitet tanti unamquamque rem videri, quanti sua natura vendi possit? Ac vivo legatario in re incerta hanc exstimationem sequimur. Eo autem mortuo nihil amplius quærimus. Certum enim jam fit, quantum heres ex ea caussa præstiterit, ut id solum sequi debeamus. *d. L. cum Titio.*

XX. Hoc si ita est, mirum est, cur Paulus neget in legatis, quæ sub conditione relicta sunt, cum de lege Falcidia quæritur, tantum esse in legato, quanti venire possit, in eoqua Proculum contra sentientem reprehendat. *L. in lege.* 45. Eoque magis mirum, quod in legato annuo multa legata sunt, & ipsa quoque conditionalia. *L.* 1. §. *si in annos. eod.* Inest enim hæc conditio, si legatarius vivet. Sed hoc facere videtur in cæteris legatis conditionalibus ea ratione, quod in his unum legatum est, cujus æstimatio eveniente conditione certa sit, aote conditionem nulla. Ut proinde, cautione interposita, si quid supra dodrantem captum sit, nulla fiat injuria heredi. Cui, deficiente conditione, nihil restituendum est; eveniente autem, certum est statim, quid reddatur, in eamque rem cautum habet. At in legato annuo multa sunt legata, neque cum uno anno aliquid præstitarit heres, certum est, utrum in posterum quid præstet, an nihil, & si præstat, quandiu id faciat. Itaque ne per singulos annos novam Falcidiam inducere cogamur, satis est unam æstimationem conficere, quæ in legato esse videatur, in incerto adhuc posito, quandiu legatum præstetur.

XXI. Sed cur, si legatum tanti est, quanti vendi potest, non eamdem computationem adversus ipsum legatarium, cui legatum est, facimus? quia, ut jam ante significavi, atsi supra dodrantem legatum esse intelligatur, tamen quod legatario detrahas, nihil est. Absurdum sit enim de eo lagato quidquam detrahere, quod nondum præstes, nec præstare debeas. Jam vero ut maxime res legata tanti, aut tanti vendi possit: non tamen statim hæc legatario summa repræsentatur. Adversus cæteros nihil aliud sequimur, nisi ut quia tanti æstimatur hoc legatum, per quod efficitur, ut aliquid supra dodrantem sit, ideo de ipsorum legatis, quæ revera illis præstantur, aliquid minuatur. Qood tamen fiet cautione vicissim ab herede interposita, ut si non tandiu vixerit legatarius, ut lagi Falcidiæ locus sit, tum quod legato deast, suppleatur. Hæc in *L. in quantitate.* 73. §. *magna. eod.*

XXII. Hoc est igitur, quod in legato annuo esse interim videri queat, si venire potest. At etiam alia computatio in hoc genere fieri potest, quam nobis Macer præscripsit in alimentis, & in usufructu in *L. computationi.* 68. *eod.* Ea autem est, ut, cum de his æstimandis quæretur, computationem tot annorum sequentium faciamus, quot annos probabile est aliquem adhuc supervicturum esse, prout est ejus ætas, in qua nunc agit. Idest, ut a prima ætate usqua ad annum tricesimum computationem triginta annorum faciamus, quasi tot annorum pensiones debeantur. A tricesimo vero anoo usque ad sexagesimum, quot anni deerunt ad sexagesimum. Post sexagesimum quinque deinceps annos semper numeremus. De alimentis quidem, & usufructu Macer loquitur; sed ita, ut non magis superior computatio pertineat ad hæc duo, quam ad [16] cætera legata annua. Contra quam plerisque visum est, exi-

15) Propter incertum mortalitatis, ait Gov. *ad L.* 3. §. *ult. h. t. n.* 4. non potest legatum ulla certa æstimatione censeri, cum ea sola computentur, quæ certa spes est, debitum iri. *L.* 3. *si cui plus quam per L. Falc.*

16) Diss. Govean. *ad d. L.* 68. nec in usufructu eam computationem locum habere posse sentiens, & pro computationem *ususf* legens *usus*, quia inquit, usus vendi nequit, nec alia potest iniri æstimatio, nisi ex annorum computatione. In usufructu vero potest. Errorem ortum esse ex compendio illo, quo veteres scribebant *Ususf.* Unde litera *f.* ab initio dictionis sequentis sumi potuit. Sed recte noster.

existimantibus ideo reliqua annua tanti æstimari, quanti venire possunt, quia etiam vendi possunt; eamdem autem computationem in alimentis fieri non posse, quia nec vendi possunt. Nam primum, ut maxime legatum vendi possit: non eo minus tamen fingi potest is, cui quid in annos singulos legatum est, tot annos victurus esse, quot fingimus eum, cui alimenta, cui ususfructus eodem modo relictus est; cum omnia morte legatarii juxta finiantur. Deinde quod de alimentis, & usufructu dicunt ista venire non posse, quasi personæ cohæreant: in alimentis verum videri potest; in usufructu falsum est; quem constat a fructuario non solum vendi posse invito herede, sed etiam donari, & alio quovis modo in alium transferri, ut alius pro fructuario utatur fruatur, quandiu ille vivet. *Inst. de usu. & hab. in pr. L. cui ususfructus.* 67. *D. de usuf.* Denique ne annuum legatum ab usufructu, ut rem dissimilem secernamus: de annuo legato ita scriptum est in *L. in singulos.* 8. *D. de an. leg.* in singulos annos legatum relictum simile est usuifructui, cum morte finiatur. Itaque puto, quod in his commodum sit, id sequendum esse, ut dicamus, quod commode vendi possit, tanti æstimandum esse, quanti potest vendi: quod non poterit facile, ibi ad eam computationem recurrendum, de qua diximus. Hæc enim pro commodo heredis accipienda sunt, ut certum fiat, quantum ille in legato præstare debeat. Sic tamen, ut perpetuo meminerimus, hanc computationem veritati non præjudicare, quin, mortuo legatario, cui annua relicta sunt, non pluris legatum, nec minoris æstimemus, quam quantum illi re vera solutum fuerit, sive plures annos, sive pauciores vixerit. Nam, ut jam dixi, in incerto posito quandiu is vivat, eam computationem facimus.

XXIII. Illud in his mirum videri potest, quod Macer de usufructu reipublicæ legato scribit in *d. L. computationi.* in eo æstimando etiam triginta annorum computationem faciendam. Atqui pro certo habetur, usumfructum reipublicæ relictum [17] centum annos durare, quia sit hæc hominis vita longissima. *L. an ususfructus. de usufr.* Cur ergo non centum annorum computationem facimus, cum tot annorum usumfructum præstandum esse certum sit? Nam cur in privatis triginta annorum computationem faciamus, id caussæ est, quod incertum sit, quandiu legatarii sint victuri. Sed, ut homo mori potest, ita potest civitas everti bello, ut civitas esse desinat, & celeriore quasi morte ususfructus exstinguatur. *L. si ususfructus. quib. mod. ususfr. amit.* Ut mirum videri non debeat, si ea, quæ hominis exitum pati potest, in usufructu quoque sibi relicto hominis exemplum experiatur.

CAP.

17) Govean. *d. lo.* concedit, in usufructu Reip. legato esse annorum computationem, nec tanti æstimari legatum, quanti vendi potest, quia cum 100. annos duret ususfructus ille, nimio æstimaretur. Idcirco fieri computationem, quæ laxissima in alimentis, ac uni homini legato fieri solet, videlicet 80. annorum.

CAP. XXV.

In quantitate patrimonii quæ quibus deductis computanda sint. Hæc ipsa quomodo æstimanda, ut fiat certa quantitas patrimonii. Hæc omnis computatio, & æstimatio ad quod tempus revocanda. Omnia eo, ut subducta legatorum, & patrimonii ratione, & certa tandem quantitate amborum inventa, tum his inter se collatis certo sciri possit, num quantitatem patrimonii legata excedant. Deduci prius hæc tria: æs alienum, funeris impensam, pretia servorum manumissorum. Tum quæ sint harum rerum nomine deductiones.

In quantitate patrimonii ineunda tria spectantur. I.
Patrimonium cujusque est, quod quisque habet in bonis. II.
In bonis id esse intelligitur, quod, hereditariis oneribus deductis, superest. III.
   Hæc onera trium generum, & quæ sint. IV.
Æs alienum duplex, vel contractum a defuncto, vel ab hereditate. Hujus nonnulla exempla. V.
Si quid defunctus heredi debuit, id etiam in ære alieno deducitur. VI.
   Nisi rogatus sit heres, ne creditum suum in ratione legis Falcidiæ ponat, tunc enim ad modum quadrantis debitum compensabitur; & si plus debetur, superfluum æris alieni dodranti tantum detrahitur. VII.
   Utrum hæc compensatio in fraudem L. Falcidiæ admittatur. VIII.
   Explicatio L. pater 14. D. ad L. Falcid. IX.
Ex pluribus heredibus qui nam æs alienum deducent. X.
Qui nam sumptus funeris causæ fieri videntur. Quid quid ad monumentum extruendum impensum est, id si necesse fuit, deducitur. XI.
   Secus si non fuit necesse, sed ornatus causa quid impensum sit, licet testatore jubente. XII.
Quorum servorum manumissorum pretia, & quatenus deducantur. XIII.
In bonis sunt hæc tria: dominium, quasi dominium, & actiones etiam pœnales. Excipiuntur tria rerum genera. XIV.
   1. *Quæ non transeunt ad heredes.* XV.
   2. *Quæ non mansuræ.* XVI.
   Exceptio. XVII.
   3. *Heres, ex quibus nihil commodi heredi; ut tres species debitorum.* XVIII.
   1. *Debitum ab eo, qui solvendo non est. Quid si postea locuples factus.* XIX.
   2. *Naturale nondum solutum.* XX.
   3. *Debitum duobus reis stipulandi, si socii non sint.* XXI.
Pretia rerum, quæ in bonis, communiter æstimantur. Quid si hereditas, quæ non solvendo, inveniat emptorem, aut si heres cum creditoribus pactus, ne solidum solveret. XXII.
Quantitas patrimonii spectatur tempore mortis. XXIII.
Incrementa quæcunque heredis sunt. XXIV.
   Excipiuntur fructus mortis tempore maturi. XXV.
   Circa ventrem Ancillæ nulla distinctio. XXVI.
   Fructus, ut & partus Ancillæ post mortem editi in bonis numerantur. XXVII.
Ut incrementa, sic & decrementa quæcunque sunt heredis. XXVIII.
   Nisi contigerint circa res legatas. XXIX.
   Quid si legata res incerta, ut genus, & quantitas. XXX.

I. AC de legatorum quantitate hactenus. De quantitate patrimonii, quod ex altera parte spectari debere diximus, videamus. Ad quam efficiendam, ut quidem certa sit, qualem quærimus, trium harum rerum cognitione opus est, in quibus hæc certitudo versatur, ut norimus, quid in patrimonio habendum sit; quanti id sit; tum quo ex tempore utrumque spectandum.

II. Et patrimonium cujusque dici scimus, cujusque bona, sive quod quisque habet in bonis. *L. nam quod.* 14. §. *ult.* & *L. cogi.* 16. *in pr. D. ad Treb.*

Digitized by Google

III. Bona autem cujusque sic accipiuntur, ut ea esse intelligantur, quæ, deducto ære alieno, supersunt. *L. subsignatum.* §. *bona. D. de ver. sig.* Quare & in bonis, seu patrimonio defuncti sciamus, non omnia numerari, quæ testator cum moreretur, habuit: sed id tantum, quod hereditariis oneribus ante deductis, ex his quæ habuit, superest.

IV. Cujusmodi onera hæc habentur tria, æs alienum hereditarium, [1] funeris impensa, & pretia servorum manumissorum. Quæ ideo omnia in ratione legis Falc. ponenda ante omnia deduci placuit. §. *ul. Inst. de leg. Falc.*

V. Æs alienum generaliter dicitur, quod nos aliis debemus. *L. cedere.* §. *æs alienum. D. de ver. sig.* Sit ergo æs alienum hereditarium duplex, quod in hanc deductionem veniat. Primum quidquid est, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, ut definitur in *L. pater.* 54. *ad leg. Fal.* Deinde & si quid est, cujus præstandi caussa mortuo testatore ante aditam hereditatem nata est, tanquam æs ab hereditate contractum: eoque & a defuncto; quia hereditas nondum adita personam defuncti sustinet. *L. hereditas.* 34. *D. de acquir. rer. dom.* Quo ex genere in ratione æris alieni deducuntur, exempli gratia, pretia eorum servorum, qui supplicio affecti sunt ob necem domini non defensi; item & eorum, quos prætor propter proditæ mortis, aut detectæ conjurationis reorum libertatem acceperunt. *L. æris.* 39. *eod.* Sed & quod expediendarum venditionum caussa impensum est, quæ venditiones a defuncto contractæ sunt, in hoc numero habebitur; quia necesse fuit, venditione a defuncto contracta, venditionem ab herede expediri. *L. quantitas.* 72. *eod.* Et generaliter quod ad caussam hereditatis suscipiendæ necessario fieri debuit, id in ære alieno hereditario detrahetur. Cujus generis illæ impensæ sunt, quæ ad conficiendum inventarium fiunt, quod priusquam hereditas adeatur, facere necesse sit. *L. ult.* §. *in computatione. C. de jur. delib.*

VI. Quid, si quid defunctus non extraneo debuit, sed ipsi heredi instituto? Etiam [2] id in ære alieno deducendum esse placet; quanvis verum sit, heredem a se exigere non posse, postquam confusione obligatio sublata est. *L. qui fundum.* 87. §. 1. *L. quod bonis.* 15. §. *quod avus. eod. L. in imponenda. C. eod.* Non enim ideo heres creditor id ante deducit, quia nunc debeatur; sed quia debitum fuerit, & verum sit, tanto minus in bonis testatorem habuisse, cum viveret, quantum huic debuit. Qui si solvisset, amplius id non haberet. Quod quia non fecit, id saltem nunc faciendum est, quod aliquando fieri debuit.

VII. Sciendum est tamen, rogari posse creditorem eum, qui debitori suo successit, ne creditum suum legatariis reputet, id est, ne id deducat, sed creditum suum cum quarta compenset. Id quod cum factum erit, exceptione doli mali summovebitur heres, si contra voluntatem testatoris id legatariis ante reputare volet. *L. si debitor.* 12. *eod.* Res autem in eo sic transigetur, ut quod ex hereditate debitoris sui accipiet heres (ea est quarta) id cum eo, quod sibi debetur, compenset ad eam usque quantitatem, quam efficit quarta portio hereditatis, &, ut Papinianus loquitur, compenset fini quadrantis, id est, ad finem, & modum quadrantis. Quod si plus debebitur, [3] superfluum æris alieni dodranti tantum detrahetur. Hoc Papinianus obscurius in *L. quod bonis.* 15. §. *cum fideicommissum. eod.* quod nobis explicandum est. Sit autem in hoc exemplo expositum, testator qua-

1) Nisi maritus uxori heres, qui pro rata dotis nomine, quam lucrifacit conferre debet *L.* 6. *h. t. vid. L.* 22. *& seq. de relig.*

2) Licet enim confusa sit actione obligatio, vid *infr. Lib.* 16. *C.* 4. tamen non actione hic opus est, sed retentione, quæ fieri potest etsi in judicio non agatur, Duar. *h. t.* C. 8. *f.* 564. Objic. Atque & obligatio naturalis confusione perempta, vid. *not. Lib.* 12. C. 2. cujus effectus est deductio, ac retentio. Cujac. 9. *ad Afric. in L. frater a fratre.* Resp. Quia initur ratio omnium bonorum, quæ mortis tempore fuerunt, vid. *infr. N.* 8. perinde atque si nunc essent quæ tunc fuerunt, nec ulla confusio supervenisset. Mortis autem tempore fuit in bonis creditum heredis.

3) Gov. *ad d. L.* 12. videtur sentire, diversas esse harum LL. sententias. Et si heres rogatus sit, ne reputet debitum *d. L.* 12. quantulamcunque Falcidiam compensationi sufficere, id est etsi ea exiguior sit debito. Si vero rogetur compensare debitum cum Falcidia *d. L.* 15. §. 4. compensationem non excedere partem, nisi concurrentes quantitates, id est tantum ex debito compensari, quantum est in Falcidia, non amplius, ut in exemplo quod ponit noster. Atque ita, ex sententia Goveani, priore casu aditio esset damnosa. Ut in hoc exemplo 400. in bonis Heredi, debito 200. Legata ab eo 300. Hic, si non deducat debitum heredis, Falcidiæ quadrans integer, eoque, si Goveani opinio vera, pro suo debito contentus heres, solida legata exsolvere cogetur, damnum patiens in 100. Quod nec *d. L.* 12. sententiæ convenire puto, quæ interpretationem capit ex *d. L.* 15. §. 4. & hoc minime dicit, ex ista dispositione testatoris heredem & lucro privari, & damno insuper augeri debere. Sed generaliter voluntatem defuncti servari vult, quatenus scilicet jus, & æquum patitur. Nec æquitati, ut manifestum est. Nec etiam rationi juris antiqui, (jure novo res expeditior) quod licet heredem, ultra quam vires hereditatis ferant, creditoribus defuncti adstringat, non tamen legatariis. Nec unquam hæc potestas ulli testatori, etiam militi, fuit heredem suum ultra, quam ei relinquit, legatis onerandi, quod hac ratione contingeret.

quadringenta habuit in bonis: Titium, cui ducenta debebat, heredem instituit, & trecenta ab eo legavit. Hujus patrimonii dodrans sunt trecenta, quadrans centum. Hunc quadrantem heres ex lege habere debet. Fini hujus quadrantis compensabitur, quod ei debetur, ut cum centum in eo sint, centum cum eo compensct. Quia vero præteres alia centum superaunt, id superflum æris alieni de dodrante, id est, de trecantis, quæ supersunt, detrahetur, ut solum ducenta legatariis ex universo patrimonio relinquantur. Ex hoc jure nata est apud Papinianum quæstio in specie hujusmodi. Avus nepotem heredem institutum, cui aliquid debebat, rogavit, ut, si sine liberis intra certam ætatem decaderet, tam hereditaria bona, quam propria restitueret. Quærit igitur Papinianus, videaturne avus his verbis voluisse, ne quid omnino non solum de bonis hereditariis, sed etiam de propriis retineret, in quibus erat hoc æs alienum, quod avus nepoti debuit. Nam si voluit hic compensationem introduci, constabat, nihil nepotem, aut heredem in ære alieno deducere posse, dum modo ex hereditate avi tantumdem caperet. Et Papinianus sive verba, sive voluntatem testatoris interpretatus negat, sibi videri avum id sensisse; idque vel hoc ipso, quod defunctus heredem nepotem propria bona habere ostenderit. His enim verbis declarsvit avus, non repugnare se, quominus quæ ipsius nepotis propria sunt, ea ipse suo jure sibi interim habeat. In quo numero fuit illud æs alienum, quod nepoti debebatur.

VIII. Dixerit hoc loco aliquis, totam istam superiorem compensationem, quam hic admittimus, in fraudem legis Falc. admitti: cum lex jubest, ut de omnibus bonis heres quartam partem retineat: hac autem compensatione admissa testator quartam adimere videatur. Quid enim interest, utrum quartam non retineat heres, an tantumdem aliunde amittere cogatur? Atqui certi juris est, testatorem non modo non potuisse olim quartam auferre, sed ne minuere quidem. *L. quod bonis.* 15. §. *ult. ad leg. Falc.* Respondebimus, legi Falcidiæ satisfactum esse, si de omnibus bonis, qui testator tempore mortis habuit, quarta pars ad heredem veniat. Neque vero ideo hæc quarta illi aufertur, si eam cum alio debito compensare cogitur. Hoc modo enim non quartam amittit, sed creditum suum. Hoc autem creditum 4) non adimit testator, sed heredis aditio. Exstinguitur enim creditum aditione propter confusionem. *L. debitori. C. de pact.* Negari tamen non potest, quin in eo admendo, quod testator debuit, sit aliqua ejus injuria. Et ideo alibi visum est Papiniano, si frater a fratre fuerit institutus ea lege, ne creditum suum legatariis reputaret, posse institutum sine fraude edicti prætoria, omissa caussa testamenti accipere intestati fratris honorum possessionem, hac ratione, quod diceret, non videri eum dolo fecisse, qui fraudem excluserit. Hoc in *L. cum pater.* 77. §. *Titio fratri D. de leg.* 2. Neque hæc inter se contraria sunt. Desinit enim esse injuria, cum heres ultro conditionem a testatore injectam admittit, & ea lege agnoscit hereditatem. Neque enim fraudantur, qui sciunt, & consentiunt. *L. nemo videtur. D. de reg. jur.*

IX. Videamus tamen, an quid idem Papinianus contrarium scripserit in hac specie. Pater filiam, quæ a viro diverterat, heredem pro parte instituit, ab ea petiit, ut fratri, & coheredi suo portionem hereditatis acceptam deducta sexta restitueret, admissa compensatione dotis in Falcidiæ ratione. Respondit Papinianus, si pater dotem consentiente filia non petisset, & Falcidiam jure hereditario, & dotem, quæ ei deberetur, jure proprio filiam habituram, idest, utrumque, & quartam, & quod deberetur. *L. pater.* 14. *eod.* cum potius ex superioribus videatur filia debuisse quarta esse contenta, & eam cum dote compensare. Sed nihil hic contrarium. Proponuntur enim caussæ longe dissimiles. In specie propositæ pater non petiit a filia, ut quarta de bonis retenta amplius dotem non peteret. Quod si factum esset, sine controversia filia excluderetur. *L. si cum dotem.* §. *si pater. D. sol. matr.* Sed petiit, ut dotem, quam ipse petisset, filia in quartam hereditatis sibi haberet. Atqui hæc ipsa dos in bonis patris non fuit. Unde petiisse illum perspicuum est, ne filia quartam de bonis haberet. Id quod pater efficere non potuit. Si id, quod filia habitura esset, ex hereditate, & bonis patris foret: tum sane recte juberetur & id cum eo quod ipsi debetur, & quod ipsi debetur, cum eo quod habet, compensare. Semper enim haberet quartam ex

4) P. Greg. 42. *Synt.* 34. n. 16. hæc, quod heres sibi debitum imputare in Falcidiam rogari potest, ita intelligenda jure veteri, si quartam ex fructibus fideicommissi percipere possit. Sed hoc ex dd. LL. non apparet. Sane jure noviori, quo expresse etiam vetari detractio Falcidiæ potest, hæc dubitatio cessat.

ex bonis patris. Nunc, cum si dotem qusuvis amplsm habeat, nihil habeat de bonis paternis, non est, cur quartam non possit præterea retinere; quoniam non est satis heredem aliquid hsbere, ut legi satisfiat, sed de bonis illum habere oportet.

X. Ut heredes æs alienum sute deducere posse constat, ita videndum est, qui possint, si forte plures sint instituti. Et par est, eos solum æris alieni rationem habere, qui eo teneutur. Itaque si quis ex heredibus solvere damnstus sit, eum solnm hsbere conveuit, cæteros non habere. *L. in legem.* 8. *eod.*

XI. Hæc de ære slieno dicts sunt. Funeris autem caussa sumptus fieri videtur is demnm, qui its fit, ut funus ducatur, & sine quo funus duci non posset: puts nt mortuus efferstur, & sepelistur. Item quod in locum impensum fuerit, iu quem mortuus inferretur *L. si quis.* §. *funeris caussa. L. funeris sumptus de religio.* Ex quo quæsitum est, si quid sd mouumentum exstruendum impeusum sit, an id in hac caussa deduci possit. *L.* 1. §. *ult. cum L. sequen. ad legem Falcid.* In qun videndum est, quid funeris caussa fist. Et sciendum est, id monumentnm funeris caussa fieri, qnod facere necesse sit sepulchri muniendi caussa, vel demortui commendsndi. *L. funeris sumptus. D. de relig.* Ex qno apparet, recte dici ita demum deducendnm esse, quod in hanc rem impeusum est, si necessarinm fuerit monumentum exstruere, cum scilicet aliud non esset, & familiæ dignitas id postnlaret, ut exstrueretur. Præterea & hactenus deducendum esse, qustenos necesse fuerit impendi.

XII. Quod ornatus, & amplitudinis caussa quæsitum sit, id in funeris caussa deduci non posse. Traditum iu *L.* 1. §. *ultim. ad leg. Falcidiam.* Inde quæsitum, si heres supra quam funeris caussa necesse esset, impenderit, verumtamen id jubente testatore fecerit, an quia in eo [5] voluntatem testatoris secutus est, possit eam quantitatem in ære saltem slieno deducere. In funeris enim impensa non posse constitit. Negat Marcellus, etiam ex hac voluntate in ære alieno retineri posse, quod speciem vel modicam monumenti excesserit. *d. L.* 1. §. *ultim. & L.* 2. Quo significat, heredem non cogi tantam impensam facere, quantum testator jussit, si es res aliqusm injurism legstariis importatura videatur. Nam si tantom impendere cogeretur, hsud dubie id in ære slieno non minus, quam cætera oners hereditaris suo jure deduceret. Neque tamen contrarinm est, quod alibi traditum legimus, ubi testator adscripsit in testamento, qusutum in monumentum consumeret, posse heredem, si plus velit, impendere; minus non posse. *L. hereditas.* §. 1. *D. de pet. her. L. cnm in testamento. D. de verb. sign.* Utrumque enim sic sccipiendnm est, dummodo facoltates patiantur, id est, dum, hoc deducto, facultates suffecturæ siut sd solida legata præstanda, quæ eodem testamento relicta sunt. Nsm hæc potiora esse debent, vel ipsius testatoris voluntate. Quod & ex *d. L.* 1. §. *ultim.* facile colligitur, & ipss ratio etiam convincit.

XIII. Restant pretis servorum msnumissorum, quo in genere placet, nou tsntum deduci eorum pretia, quibus libertas testamento dsta est, cum proprii essent testatoris, sive pure, sive sub conditione manumissi sint. *L. in quantitate.* 73. §. *sed etsi.* Sed etiam eorum, quos heres, cum alieni essent, redimere, & manumittere jussus est. *L. ejus.* 37. *eod.*

XIV. Atque hæc snut, quibus deductis, qnautitas patrimonii cujusque circa legem Falcidiam æstimanda sit: ut in his scilicet, quæ, his deductis, supereruut, quæ testator habuerit, ratio legis Fslcidiæ ponatur. Hoc quæritur, quid, his rebus ante deductis, testator habuerit. Et constat, illum habuisse es, quæ dicuntur bons, seu esse in cujusque bonis. *L. rem in bonis. D. de acq. rer. dom. L. nam quod.* 14. *in fi. L. cogi.* 16. *in prin. D. ad Treb.* Ita quæstio in eo est, quid bonorum appellatione contineatur. Scimus autem ex *L. bonorum. D. de ver. sig.* contineri hæc tria: quæ sunt in dominio cujusque; quæ in quasi dominio; tum quæ cuique debentur, seu nomina, & actiones. Et totidem videmus a veteribus circa legem Falcidiam in quantitate patrimonii defuncti numerari. Primum genus exemplis indicatur in *L. statuliber.* 38. §. 1. *& 2. ad leg. Falc.* Et quod veris dominis tributum est, videmus, his quoque tributom esse, qui jura obtineut dominio proximi: ut emphyteutis, & superficiariis. *L.* 1. *D. si ag. vect.*

5) Pontificali auctoritate *d. L.* 50. §. 1. cum de caussis monumenti Pontificum fuerit cognitio. Male tamen qui inde inferunt, alias causas hereditarias fuisse Pontificum notionis, vid. Raduls. Forner. 6. *Rer. quotid.* 2. Ubi autem ei, qui extruere jussus datus coheres, præter actionem Familiæ erciscundæ etiam præscriptis verbis is experiri potest. *L.* 18. §. 2. *Fam. &c.* Govean. *ad L. ult. & L.* 2. *h. t. n.* 4.

vect. vel emphy. pet. L. in speciali. 73. *§. ult. & duab. LL. seqq. D. de rei vind. L.* 1. *D. de superf.* De ectionibus autem ita veteres in hac quæstione non dubitant, ut [6] pœnales quoque actiones in bonis actoris defuncti computent. *L. pœnales.* 32. *eod.* Neque de rebus, & actionibus defuncti hic ulla injiceretur disputetio, nisi jus de his, quod posuimus, esset ejusmodi, ut non esset perpetuum. Quomodo igitur id accipiendum sit, docent. Summa autem hæc est, omnes tum res elias, tum actiones, quas testator habuit, cum moritur, ita circa legem Falcidiam in bonis defuncti esse computandas, si tales sint, ut ad heredem transeant, & ita transeent, ut sint mensuræ, & præterea ex his dominus, creditorve aliquid consequi potuerit. Ex quo intelligi debet, tria esse genera eorum, quæ cum defunctus habuerit, tamen, eo mortuo, in patrimonio ejus non numerentur.

XV. Primum genus est eorum, quæ non transeunt ed heredes. De quo ite statuatur, quæcumque sive actiones, sive res aliæ ite testatoris fuerunt, ut morte ejus intercidant, eas in hereditate non esse, eoque in bonis defuncti non computari, ut heredi noceant, prosint legatariis. Id cum per se verissimum est, tum in ratione legis Falcidiæ maxime obtinet. Qua lege & nominetur defuncti hereditas, & jubentur esse res, quarum quartam partem herudes capiant. Quod in eas res, quæ esse desierunt, non cadit. Hujus generis res sunt, exempli gratia, actio injuriacum, ususfructus, item ea, quæ in annos singulos, aut singulos menses legata sunt: quæ omnia in jure testatoris si fuerunt, tamen morte ejus exstinguuntur. Ideo & hæc ipsa Mæcianus negat in bonis defuncti computari, in *L. pœnales.* 33. *ad leg. Falcid.*

XVI. Alterum genus est earum rerum, quæ ad heredem ita transeunt, ut non sint certo mansuræ. Capere non videtur heres, quod sic accipit, ut ab. eo discedat: nec ad eum pervenire, quod non est mansurum. *L. aliud est capere. D. de verb. sing.* Proinde quidquid est earum rerum, non numeratur in bonis defuncti, quasi nec relictum. Exemplo est statuliber, de quo ita Hermogenianus in *L. statuliber.* 38. *D. eod.* Statuliber, eit, heredis non enget familiam. Nempe ideo, quia non est in familia, eoque nec in heredis bonis. Et tamen, si præsentem statum spectemus, statuliber in bonis testatoris morientis fuit, & post mortem quoque ejus etiam nunc est in heredis bonis, quandiu conditio libertatis pendet. *L. statuliberum. D. de statul.* Sed ideo in bonis non computatur, quia, conditione exsistente, perinde habetur, quasi jam ex illo in bonis esse desiisset, ex quo legatus est, similiter ut ex stipulatione sub conditione concepta, si conditio exstiterit, obligatio jam tum ex illo contracta intelligitur, ex quo stipulatio facta est. *L. potior. L. qui balneum. D. qui pot. in pig. hab.* In eamdem sententiam illud a Papiniano dictum est, quod pluribus verbis explicatum legitur in *L. in ratione,* 11. §. 1. *ad leg. Falc.* si servus, inquit, libertate date (hic nimirum est, quem uno verbo statuliberum vocamus) vita decessit, si quidem impleta conditio fuerit quandoque heredi non videbitur perisse, (nempe ideo, quia nunquam antea habitus fuerit in bonis heredis), quod si defecerit conditio, in contrarium ratio trahit. Huc videlicet, ut retro versus videatur jam a principio ex morte testatoris in bonis heredis fuisse. Huc etiam pertinet, quod decretum esse a Marco Antonino refertur in *d. L. in ratione,* 11. §. *Imperator, eod.* heredes, quibus pars bonorum ablata est, non in ampliorem partem, quam quæ relicta est (intellige post ablationem) legatorum nomine teneri. Atqui cum testator forte provocavit, ac deinde post decessit, negari non potest, quin ea pars, quæ ablata est, dum pendet judicium appellationis, & fuerit in bonis morientis, & mortuo eo, in bonis heredis, cum nondum bona ablata essent, utpote provocatione condemnationis pronuntiationem exstinguente. *L.* 1. *in fi. D. ad sen. Turpil.* Sed jam tum cum moriebatur testator, in ea causse ras fuit, ut, etiam ei ipse viveret, tamen ea pars ei auferri potuerit. Caussam autem, propter quam bona eufeuntur, ex quo res in judicium deducta est, spectare oportet, non ademptionem. Nam quandoque postea condemnato reo, ex eo nec testatoris esse debuisse partem illam compertum est, ex quo accusatio recepta est.

XVII. Sane si quod testatoris fuit, exstinctum quidem est mortuo eo, sed exstin-

6) Et honorariæ *d. L.* 32. §. 1. ubi lectionem immutare necesse non est, cum Goveano *ibid.* P. Fab. *apud* Cujac. 7. *Obs.* 35. *& ad L.* 86. *& seq. de R. I. p. m.* 397. *& seq.* Forner. 1. *Select.* 14. Nam receptæ lectionis hic sensus: Actiones honorarias litis contestatione, aliove modo ad heredem transeuntes hereditariæ præstare vel augmentum, si lis secundum heredem data, vel decessionem, seu decrementum, si contra eum, Rev. *ad L.* 87. *de R. Jur.*

stinctum non jure ipso, sed facto heredis, id etiam num in bonis numerabitur non secus, quam si adhuc extaret. Tale est, si quid testatori heres debuit. Aditione hereditatis ea obligatio tollitur. *L. debitori. C. de pact.* Sed tollitur non morte testatoris, sed facto heredis, quia scilicet hereditatem adiit. Satis hoc est, ut adhuc in bonis heredis computetur actio testatoris, quæ eo nomine illi competebat. Nam & hoc ipso locupletiorem hereditatem percipere videtur, quod ob hereditatem liberatur. *L. 1. §. si debitor. L. si creditor*, 83. *ad leg. Falc.* Addendum illud est, debitorem, qui liberationem beneficio testatoris consequitur, semper tantumdem capere videri, quantum debuit, sive solvendo fuerit, sive non fuerit. *L. Nesennius*, 22. *§. ult. eod.*

XVIII. Non est satis, rem, quæ in bonis testatoris fuit, ad heredem recte transire, & in ea caussa esse, ut sit mansura, ut in bonis, & hereditate defuncti computetur: sed & eam esse oportet, ex qua aliquid commodi ad heredem redeat. Quod si ex ea heres nihil consequi potest: id tertium genus rerum esse dicimus, quod in bonis, & patrimonio defuncti non computetur. Cujus generis species tres sunt rerum defuncto debitarum: debitum ab eo, qui solvendo non est; quod natura debetur; nondum solutum & quod debetur duobus reis stipulandi, qui socii non sunt.

XIX. Sit debitor aliquis, qui non sit solvendo. Non amplius in bonis habere testator intelligitur, quam quantum exigere potuit. *L. pretia.* 63. *§. 1. eod.* Is enim actionem habere non videtur, cui propter inopiam debitoris inanis actio est. *L. 6. D. de dolo.* Tantum ex eventu ejusmodi nomen hereditatem augebit, si forte debitor aliqua re postea auctus solvendo factus sit. *L. Nesennius.* 22. *§. ult. L. cum quo.* 56. *vers. aliquis dicet*, *ad leg. Falc.*

XX. Similiter & quod natura tantum debetur, nec peti potest, placuit interdum non augere hereditatem, interdum augere ex eventu: Veluti si quid pupillus promiserit defuncto sine tutoris auctoritate. Non auget, ut in bonis creditoris numeratur tunc, cum solutum non est. Non enim ab invito exigi potest. Auget, & in bonis computatur tunc, cum solutum est. Tum enim solutum manere oportet, quod solutum repeti non potest. *L. 1. §. id quod natura. L. si pupillus.* 21. *eod.* In qua specie si quid dubii occurret propter obligationem naturalem pupilli, vide, quæ scripsi ad *L. si pupillus.* 127. *D. de verb. oblig.*

XXI. Hinc & de duobus reis stipulandi quæsitum est. Nam utrique eadem res in solidum debetur, uterque in solidum actionem habet. An non igitur debitum in utriusque patrimonio numerandum esse dicemus? Rursum una res tantum versatur in obligatione, & uni tantum debitor solvendo ab utroque liberatur, ut, dum effectum rei spectabimus, non liceat eamdem rem in utriusque patrimonio ponere. Sic ergo in horum persona distingui placuit, ut, si socii sint, dividatur inter eos obligatio. Si non sint, de re hic itidem ex eventu judicamus, ut videatur actio in ejus bonis fuisse, cui solutum postea fuerit. 7) *L. in lege.* 62. *eod.* Atque hæc sunt, quæ in bonis defuncti habenda esse dicimus.

XXII. Quæ & ipsa rursum quanti sint, quæritur, ut & horum efficiatur quantitas certa, quæ cum legatorum quantitate conferatur. In quo non alia regula servatur quam illa ipsa, quæ in legatis æstimandis præscripta est, ut tanti res quæque æstimetur, quanti est re vera communi omnium æstimatione, non quanti speciali, & proprio alicujus effectu, *d. L. pretia.* 63. *L. in lege.* 62. *§. 1. L. in Falcidia.* 42. *D. ad leg. Falc.* Exempla non communis istius æstimationis suppeditat, *d. L. pretia* 63. sed in servis. Ideo ab usu nostrorum temporum alieniora. Hoc non alienum erit, si fingamus, cum hereditas re vera solvendo non esset, forte heredem nactum esse, qui eam emeret, & pretium esse consecutum; aut ipsum cum creditoribus decidisse, ne solidum solveret. Quam ob caussam factum est, ut aliquid retineret. Dicemus scilicet, nihil horum in patrimonio numerandum. Ita futurum, ut nihil legatariis debeatur; quia quod hic heredi accessit, non ex pretio rerum est, sed a casu, aut emptoris vel stultitia, vel voluntate.

XXIII. Nondum satis ad efficiendam eam quantitatis patrimonii certitudinem, quam quærimus, nosse quid sit in bonis defuncti, & quanti æstimandum, nisi tertium illud addiderimus, ut statuamus, ex quo tempore istam omnem patrimonii quantitatem spectari velimus: cum hanc pro varietate temporum, ad quæ ea refertur, varie mutari posse constet, ut alias in patrimonio plures res sint, alias pau-

7) De cujus L. 62. sententia vid. Molinæ. Lect. Dolane. 2. & qui eum refellit A. Fab. 11. Conject. 16.

pauciores, & earumdem etiam rerum non semper una, & eadem æstimatio. Et in lege Falcidia de hoc tempore ita placuit: cum de patrimonii quantitate agetur, ad quam legis Falcidiæ ratio redigatur, semper tempus mortis testatoris spectandum esse: idest, hoc quærendum, num legata dodrantem excedant ejus patrimonii, quod testator habuit, eum moritur, non autem ejus, quod postea secutum est: ut, sive postea imminutum sit, nihil noceat legatariis ad legata eorum minuenda, sive sit auctum, nihil his prosit ad legata eorum augenda. *L. in quantitate.* 33. *L. in ratione.* 30. *eod.* Quod Papinianus aliis verbis exprimens, dixit, heredem quartam retinere debere de bonis dumtaxat, quæ testator moriens reliquit, & ex eo die ejus quartæ fructus. *L. quod bonis.* 15. §. *quod avus. in fin.* §. *fructus. eod.*

XXIV. Ergo de incrementis hereditatis hoc primum sic habeatur, neque fructus postea perceptos, neque si quid aliunde hereditati obvenit, id in bonorum æstimationem venire, quæ ex tempore mortis solum, non ex eo, quod insecutum est, facienda est. *L. in ratione.* 30. *eod.*

XXV. Quod tamen in fructibus de his accipiendum est, qui post mortem nati, & percepti sunt. Nam qui maturi mortis tempore postea percepti erunt, [8] augebunt hereditatis æstimationem. *L. in Falcidia.* 9. *eod.* Non injuria; verum est enim, qui morieote testatore maturi fuerint, vivo etiam testatore fuisse.

XXVI. Circa ventrem ancillæ nulla, inquit Papinianus, temporis admissa distinctio est. *d. L.* 9. *eod.* Nullam admissam dicit, significans, si partus post mortem testatoris editus sit, qui ante conceptus erat, eum sine distinctione non augere hereditatis æstimationem; sive mortis tempore ancilla gravida fuerit ita, ut etiam instaret partus, sive post gravida esse cœperit. Partus enim, inquit, nondum editus, homo non recte fuisse dicitur. *d. L.* 9. Et recte Papinianus. Quamvis enim verum sit, partum etiam eum utero continetur, partem esse matris, & viscerum, ut Ulpianus scribit in *L.* 1. §. *ex hoc. D. de vent. insp.* non tamen ante homo est, quam sit aditus, ut per se sit, & natura sua constet. Quod & Ulpianus eodem loco significat, eum ait, patram non ante desiderare posse eum, qui in utero est tanquam filium sibi exhiberi, quam fuerit editus. Innuit enim, eum non ante esse filium. De eo autem solo nunc quæritur, [9] an is homo, qui post mortem testatoris natus est, moriente testatore fuerit, non an fuerit pars viscerum matris. Nisi forte hunc hominem, qui editus est, eamdem illam partem esse putamus, quæ tunc fuit.

XXVII. Hoc loco tamen sciendum est, fructus, nec non etiam partus ancillæ post mortem editos in bonis numerari, & in quartam imputari eos, qui ante diem fideicommissi ex rebus per fideicommissum relictis percepti sunt ab herede. *L. quod bonis* 15. §. *fructus. L. Falcidiæ.* 24. §. 1. *eod.* Neque id superioribus contrarium est. Ideo enim in quartam imputantur, non quia percepti augeant hereditatem per sese, sed quia faciant, ut quantum perceptum est, tanto minus in legato esse intelligatur. Ut puta, si fundus ducentis dignus legatus sit sub conditione, & pendente conditione fructus ad quinquaginta percepti sint: solum centum, & quinquaginta legata videbuntur. *L. in lege Falcidia.* 45. *L. circa.* 66. *eod.* Quod autem legatum non est, necesse est in bonis manserit, & ideo in quartam imputetur; ut de his legatis responsum est, quæ exitum non habuerunt. *L. id autem.* 76. *in fi. eod.* Quo fit, ut hæc quinquaginta non tam ex fructibus accessisse postea, quam ab initio nec fuisse legata videantur.

XXVIII. Incommodorum post mortem testatoris contingentium eadem lex est, ut nec ea æstimentur, quæ patrimonium, quod ante fuit, minuant. Denique ut commoda postea contingentia heredis lucro cedunt, nec prosunt legatariis ad minuendam quartam, quæ initio de legatis detrahi potuit: ita & damna postea illa ad [10] heredem

8) Male autem vulgo interpretes accipiunt *d. L.* 9. de quibusvis satis tempore mortis. Non enim jam primum sata, possunt esse pro perceptis. Duaren. *h. t. C.* 8. *f.* 560.

9) Stoici enim, quorum sectæ fere nostri fuere addicti, fœtus in utero animalia esse negarunt; Plutar. 5. *de Plac. Philos.* 15. vid. Tiraq. *ad L.* 8. *C. de Revoc. don. v. susceperit liberos n.* 147. *& seqq.*

10) *Quia in arbitrio heredis fuit* maturius adire, & rationem Falcidiæ inire. P. Greg. 42. *Synt.* 34. *n.* 21. At cur aliud in herede fiduciario, ubi commoda, vel damna post aditionem contingentia proficiunt, vel efficiunt fideicommissario, *supr. Lib.* 7. *C.* 27. Peregrin. de *Fideicomm Art.* 10. *n.* 36. *& seq.* rationem reddit: Quia per aditionem, quæ retrotrahitur ad tempus mortis, contrahitur obligatio ex eo tempore ad præstanda legata. Quæ deinde eadem manet, nec augetur, aut minuitur mutatione in rebus contingente, ut nec in aliis debitoribus quantitatis accidit. Nam ipsius speciei legatæ peremptio, aut deterioratio æque legatario nocet *d. L.* 30. § 4. *h. t.* In fideicommisso universali vero licet æque a tempore mortis contrahatur obligatio de restituenda hereditate, tamen diversa est obligatio inter heredem, & fideicommissarium ab eo, quam inter heredem, & legatarios. Illa est de Universitate hereditatis, quæ per sui naturam incrementum, & decrementum recipit. Accedit, quod fideicommissarius loco heredis. Legatarii vero non sunt creditores universitatis, nec in jus, locumve heredis succedunt.

redem pertinebunt, ne de ea quantitate legatorum, quæ mortis testatoris tempore esse potuit, quidquam detrahatur. Hoc Mæcianus variis exemplis damnorum postea incidentium illustrans tradit in *L. in ratione*, 30. *in pr. eod.*

XXIX. Quod tamen idem in *ead. L. §. rursus.* Sic accipiendum esse docet, si circa res alias, quam quæ legatæ sunt, ea damna contigerint. Sin inciderint circa res legatas, fore, ut damna legatariis, non heredi noceant: Veluti, si res legata perierit, aut deterior facta sit. Nam & illic nihil debebitur, & hic nihil amplius, quam quod de re supererit, pro eadem portione, quæ a principio inter heredem, & legatarium fieret. Hæc, inquam, summa est disputationis Mæciani, quæ de hac re exstat in *d. L. in ratione*, 30. *§. rursus.* Est autem exceptio non hujus loci propria, sed perpetui juris, quo ita traditum est, quidquid est, quod te dare mihi oportet, si id prius perierit, quam per te factum sit, quominus dares, id creditoris, non debitoris detrimentum fore; Vel, quod idem est, debitorem interitu speciei liberari, si ante moram ejus perierit: ut contra debitoris detrimentum est, si mora facta res perierit. *L. quod te. D. si cer. pet. L. si ex legati.* Idque est, quod Mæcianus in *d. L. in ratione*, 30. *§. rursus.* scribit his verbis: *Quod enim, remota lege Falcidia, in totum juris foret, hoc idem fore & in ea parte, quæ lege Falcidia constitueretur.* Hoc enim dicere intelligitur, quemadmodum si locus legi Falcidiæ non esset, & res tota legata deberetur, ea perempta heres, idemque legati debitor, liberaretur, si culpa vacaret: ita si admissa lege Falcidia, dodrans rei legatæ dumtaxat debebitur, re tota sublata, heredem liberum fore.

XXX. Eveniet autem, ut res legata perire possit, si certa legata fuerit, ut intelligi posset, ubi nam esset. At si incerta legata erit, non potest accidere tempus, cum dici possit periisse. Quapropter in his ad regulam redeundum erit, etiam si res omnes perierint hereditariæ, heredem tamen obligatum manere. Hujus generis est, cum rem aliquam, puta bovem, generaliter testator legavit, aut aliquid, quod pondere, numero, mensurave constaret, veluti, decem libras æris, centum, ducentos aureos, decem modios frumenti. In quibus neque bovem legavit testator hunc, aut illum, neque hos decem modios, qui essent in ejus bonis, sed bovem generaliter, decem modios, ubi ubi essent. Ut igitur res omnes testatoria perierint, pecunia omnis: non tamen heres liberetur: quia dicere non possis eum bovem periisse, qui legatus est, aut eam pecuniam, quæ legata est; cum hæc non magis legata fuerit, quam alia quælibet, quæ præstari posset. Et hoc quoque in eamdem sententiam disserit Mæcianus in *d. L. in ratione*, 30. *§. verum. & §. incertæ.* Id autem est, quod generaliter definitur in *L. incendium. C. si cert. pet.* his verbis, *incendium ære alieno non exuit debitorem.*

CAP.



CAP. XXVI.

Si legata dodrantem hereditatis excedant, legis Falcidiæ pœnam hanc esse, ut heres etiam cum imminutione legatorum, & legatariorum damno quartam partem hereditatis habere debeat. Quæ in hanc partem imputentur; & cur non imputentur eadem in quartam hereditatis fideicommissariæ, quæ ex senatusconsulto Trebelliano deducitur.

Pœna legis Falcidiæ hæc est, ut, si supra dodrnntem legatum erit, nihilo minus quartam hereditatis integram heredes capiant cum imminutione legatorum. I.
Qnæstio proponitur. II.
In hanc qunrtnm imputantur solum res, quæ jure hereditario capiuntur. III.
An si quid nihil legatum sub conditione, eaque pendente heres me heredem instituat, illud jure hereditaria, an jure legati capiam. IV.
Quid si a me tibi legatum sit, tuque id post tempus rogntus sis mihi restituere. V.
Heres legatum ideo ei datum ut integra præstet legata, vel fideicommissa, in quartam imputat. Quid si vivo testatore nliquid accepit, ne emolumentum legis consequeretur. VI.
Item imputat si a legatario mutua vice tantum accipiat; quantum de legato ejus deducere vult. Utrum id cæteris legatariis prosit. VII.
An imputetur quod conditionis implendæ causn capitur. VIII.
Quæ legatarii non capiunt, sive initio non constiterit, sive non trnnsierit legatum, quadranti imputatur. IX.
Quæ jure hereditario capiuntur sic in quartam imputantur, si ea in bonis defuncti fuerunt, quo tempore is moritur. Si creditor patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituit, peculium tempore mortis consideratur, si post mortem creditoris imminutum. Quid si post mortem debitoris heredis facultates auctæ. X.
In trebellianicam omnia impntantur, quæ judicio testatoris capiuntur. XI.
Ratio differentiæ. XII. XIII. XIV.

I. CUm hinc legatorum, illinc ex adverso patrimonii quantitas erit inventa, quod proximis capitibus efficere conati sumus: tum facile erit, his inter se collatis, videre, quod secundo loco circa legem Falcidiam quæri diximus, sit ne scilicet adversus legem factum, an secus, idest, an supra dodrantem hereditatis, & patrimonii legatum sit, necne: ut si legatum non sit, legi sit satisfactum, & solida legata præstentur. Sin legata dodrantem excesserint, tum succedat, quod est extremum, de quo hic quæratur, pœna legis videlicet, cui locus fit, cum adversus legem factum esse constabit. Pœna legis hæc est. Quod enim lex ita permittit legare, ne minus quam [a] quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant, hanc vim habet, ut, si per testatorem capere non liceat, solutis legatis, quod fit, cum ultra dodrantem legatum est: tum heredes nihilominus jure ipso, & verbis legis quartam partem habere debeant, etiam cum imminutione legatorum.

II. Hæc quarta cum certis rebus constet, quas in eam imputari volumus, ideo ad hanc constituendam, quæ in eam imputentur, quæritur. Quod hic cum de ea quarta agitur, ante omnia faciendum est. Fieri enim potest, ut legata dodrantem hereditatis excedant, & tamen videatur heres quædam in hanc quartam imputare debere, quæ si imputet, integram quartam habeat, nec possit de legatis quidquam detrahere: quaia sunt, si quæ ex legati aut fideicommissi caussa a testatore acceperit.

III.

a) Govean. ad *L. 1. pr. h. t. n. 15. & ad L. 1. de Vulg. n. 37.* vult, Falcidiam esse hodie auctam ad modum legitimæ, ut etiam sit triens quatuor paucioribus heredibus scriptis; quinque autem, vel pluribus semis, & 2. *Var. Lect.* 1. n. 3. quia Imperator in *Nov. 1. C. 2. pr.* scribat, Falcidiam esse, τὸ τρίτον τὸ ἥμισυ. Sed non negare tamen potest veteres Græcorum Codices habere τὸ τέταρτον. Et versio vulgaris habet sic: *quantum eis impleat quartam substantiæ.* Cont. 1. *Subsec. Lect. 3. n. 6.* legit in *d. C. 2. pr. quantum ad trientem, vel semissem efficiendum sufficit*, scribens tamen, non in cujusvis heredis persona, sed tantum liberorum Falcidiam aucta. Quod & vult Cujac. in *Nov.* 18. Nec putet quis in horum persona nihil referre, cum legitima eorum tanta sit. Nam multa in Falcidia non imputantur, quæ in legitimam veniunt.

III. Et ita placuit, in quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam habere heres debet, imputari solum res, quas capit jure hereditario. Definitio Mæciani est in *L. in quartam.* 91. *D. ad leg. Falcid.* Quod ex verbis ipsis legis sumptum est. Vult enim lex, ut quartam hereditatis heredes ex testamento capiant. Non potest autem partia hereditatem obtinere ex testamento nisi heres, & eo jure, quo est testamento institutus, id est hereditario. Exigit igitur lex, ut hanc ipsam eodem jure herades habeant. Quod si verum est, ut est: sequitur, ut neque eæ res in quartam imputentur, quas jure suo, non hereditario heres capit de suis rebus: cujus partis exempla suppeditant. *L. pater.* 14. *L. Falcidiæ.* 24. §. *ult. eod.* neque quas jure legati, aut fideicommissi, aut conditionis implendæ caussa, quanvis hæ judicio testatoris capi intelligantur. Traditum in *L. in quartam.* 91. *L. id autem.* 76. *& L. in ratione.* 30. [2] §. *tametsi eod.* Itaque & eas habiturus est hares, & nihilominus quartam ex his bonis, quæ mortis tempore fuerunt, retenturus. *L. in ratione.* 11. §. *fideicommissum. eod.*

IV. Inde nonnullis in caussis dubitatum, jurene hereditario res caperetur, an jure legati, cum legis Falcidiæ ratio ponitur. Ut in specie. *L.* 4. *eod.* Fundus mihi sub conditione legatus est. Pendante legati conditione heres me heredem instituit. Qua ex re factum est, ut, cum is fundus in bonis ejus adhuc esset, quia conditio nondum exstiterat, *L. & post.* §. *res quæ. fam. erc.* ego cum fundom ejus possedarim, habuerim, idque eo jure, quo illius omnia bona ad me pertinent jure hereditario. Verum postea exstitit legati conditio, ut jam ex alia caussa, & aliunde hunc fundum habere incipiam. Quæritur, si a me supra dodrantem heres legaverit, & de lege Falcidia quæratur, debeatne fundus, de quo quæritur, in quartam imputari. Respondet Papinianus, in Falcidiæ ratione, non jure hereditario, sed legati meum esse intelligi. Unde colligitur, mihi in quartam non imputari. Nec ad rem pertinet, quod pendente conditione in bonis heredis, ejusdemque decessoris mei fundus fuerit. Evenienta enim postea conditione perinde babetur, [3] quasi res perpetuo mea fuisset, nec a me recessisset. *L. si fundum.* 105. *D. de cond. & dem.* Ut dicendum sit, dum paodet conditio, magis in pendanti fuissa, an jure hereditario hic fundus habaretur, quam revera jure hereditario meum fuissa.

V. Eademque caussa movit dubitationem in hac specie, si a me tibi fideicommissum, vel legatum est, tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere, videatur ne id post ejusmodi tempus jure hereditario capi, an jure legati, ut in quartam non imputatur. Sed in promptu est, id jure legati a me capi, cum a te proficiscatur, non ex bonis testatoris capiatur. *L. si a me.* 29. *ad leg. Falc.*

VI. In hoc tamen genere sciendum est, si ideo legatum heredi datum sit, ut integra legata, vel fideicommissa præstet, denegandam esse ei legati actionem, si lege Falcidia uti malit. *L. sed si ideo*, 75. *eod.* Ex quo intelligitur, ipsum quidem olim prohiberi non potuissa, quin Falcidia uteretur in singulis rebus a se legatis, si legatum sibi datum non agnosceret. Sed si agnosceret, ipsum hanc legem sibi imposuisse, ut in quartam imputaret secundum voluntatem testatoris. Nam hac lege legatum erat. Ita jam si Falcidia uti vellet, exceptione doli mali repellaretur. Lex enim Falcidia heredis caussa lata est; nec fraus ei fit, si jus suum deminuat heres, ut bene scriptum est in *L. potest*, 71. *eod.* Quo fiebat, ut, etiam si a vivo testatore aliquid in eam caussam accepissat hares, ne emolumentum legis consequeretur, hoc illi sua voluntate in [4] quartam imputaretur, *L. cum quo*, 56. §. *ult. eod.* Hodie nihil hac cautione ad inhibendam quartæ Falcidiæ detractionem testatori opus est. Recta enim potest a testatore prohiberi. De quo dicetur in extrema parte hujus legis.

VII. Sciendum est præterea, si a legatario vice mutua tantum accipiat, quantum de legato ejus deducere desiderat: hoc illi æquitate compensationis in quartam, quam deducere posset, si nihil ei legatum esset, imputari; ne iniquum sit, illum a legatariis quidquam legati nomine deducare

care

2) Quæ §. non de Trebellianica sed de Falcidia loquitur. Vid. not. *Leb.* 7. C. *ult. N.* 3. adde de imputatione conditionis implendæ caussa acceptorum Marci. *Tr. Quartar. C.* 7.

3) Evenienta conditione mutata est caussæ dominii, ut qui ante exsistentiam illius dominus ex caussa hereditaria, postea sit, ex caussa legati. Neque sic duæ caussæ concurrunt, contra *L.* 3. §. 4. *de acq. poss.* sed se subsequuntur. Duar. *ad d. L.* 3. §. 4. *in fin.*

4) Ut tamen non ipso jure a detractione prohibeatur, sed per doli exceptionem. Et si minus quadrante sic donatum accepit, quarta illi replenda, arg. *L.* 25. *de inoff.* Gov. *ad d. L.* 56 §. *ult.* An autem testator quod vivus dedit heredi futuro, videatur in dubio, dedisse, ut in quartam imputetur, vid. Petr. Grangian. *Paradox.* C. 50. qui neget dicens, in specie *d.* §. *ult.* dare fuisse 25. sub occasione legis Falcidiæ, cujus vel expressim, vel tacite mentio facta

cere, cum tantumdem ab iis eo nomine accipiat. Sed & idem illud, quod vice mutus accipit, cæteris legatariis, a quibus id non proficiscitur, proderit, ut in quartam imputetur. Non quia quidquam, quod jure hereditario non capiatur, debeat in quartam hic imputari potius, quam in cæteris rebus: sed quia tanto minus heres legatario dedisse videatur, quantum ab illo pro legato accepit. Ut si fingas, quinquaginta legata esse Titio, & Titium damnatum esse, ut decem heredi daret, solum triginta videbitur heres dedisse, quia si decem cum decem compensarentur, nec ea ille a Titio acciperet, solum hæc triginta præstiturus fuerit. *L. Nesennius.* 22. *L. si dignum.* 19. *L. in ratione* 30. §. *tametsi. ad leg. Falcid.*

VIII. Hæc de his, quæ legati jure heres capit. De eo, quod conditionis implendæ caussa capitur, scribit Cajus in *L. id autem.* 76. *eod.* sive a coherede, sive a legatario, sive a statulibero detur, in quartam non imputari; & addit, quia mortis caussa capiatur. Quod non ideo dicit, quia ea sola non imputentur, quæ capiuntur mortis caussa: sed quia hæc sunt maxime, quæ non capiantur jure hereditario, ut quæ ne judicio quidem testatoris capiantur. Ita si ne ea quidam imputantur in hanc quartam, quæ capiuntur judicio testatoris, ubi ipsa non capiuntur hereditario jure: *d. L. in quartam*, 91. *eod.* hoc voluit intelligi superiore ratione, omnium minime imputari in quartam debere, quod conditionis implendæ caussa accipitur. Excipit Cajus in *d. L. id autem.* 76. nisi peculiares nummi a statulibero dati fuisse proponantur. Recte: nam peculiares nummos testatoris fuisse constat, & ob id etiam inter heredes ex æquo dandi, si plures extiterint. Ergo & si de communi acervo nummi dati sint, necesse est, pars fuerit heredis, cui nummi dantur, & fuerit ejus jure hereditario: ac proinde etiam hactenus quadranti imputetur. De alieno si dedit statuliber, Falcidia non intervenit, ut est in *L. Falcidia* 44. *eod.* Cum superiora omnia in quartam Falcidiam non imputari dicimus: id dici satis intelligitur, apud heredem ita illa esse, ut & quartam habeat jure hereditario, & hæc ipsa proprio jure supra quartam.

IX. Sed, ut non alia imputantur in hanc quartam, quam quæ heres jure hereditario capit: ita vice versa, si quæ hoc jure capit heres, omnia imputantur. Qua ratione Cajus placuisse ait, quæ legatarii non capiunt, ea quadranti imputari: & addit rationem, quod cum apud heredes subsederint, hereditario jure capi intelligantur. Nec interest, inquit, utrum statim ab initio legatum non sit, an quod legatum est, remanserit. Hoc ille in *d. L. id autem.* 76. idem traditum in *L. non est dubium.* 50. *L. nec interest.* 51.[5] *L. ex asse.* 52. *ad leg. Falcid.* Nec alia significatio est hujus definitionis Papiniani, cum ita scribit, in ratione legis Falcidiæ retentiones omnis temporis heredi in quadrantem imputari. *L. in ratione.* 11. *eod.* Retinentur enim legata, quæ ab herede non exeunt.

X. Sic tamen in quartam imputantur; quæ jure hereditario capiuntur, si ea in bonis defuncti fuerunt, quo tempore is moritur. Nam ea, quæ post mortem accedunt, extra rationem patrimonii habentur in ratione legis Falcidiæ. Inde est, quod placuit, si creditor patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituerit, ejus temporis peculium considerari, quo testator moritur: quia & in ratione hujus legis ineunda id tempus spectatur, *L. eo tempore.* 50. §. *si creditor. D. de pecul.* Sed hoc ita est, cum peculium filii post mortem creditoris deminutum est. Quid enim interest, inquit Marcellus, peculium post mortem creditoris defuncti deminutum sit, an debitor pauperior factus sit? Quod si post mortem creditoris auctæ sint debitoris facultates, qui eo tempore solvendo non erat: dicemus, spectandum esse tempus, quo adita est hereditas;[6] quia facultatibus debitoris postea auctis, videatur ex post facto hereditas creditoris uberior ab initio fuisse, sicuti cum conditio crediti, seu debiti exstitit post mortem. Exstat hæc distinctio in *L. cum quo.* 56. *in princ. ad leg. Falcid.* Et de hac quantitate peculii aucta accipiendum est, quod est in *L. si creditor.* 83. *eod.* cum ita definitur, si creditor filii patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituerit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, heredi in quadrantem imputari, quod aditæ hereditatis tempore fuisset. Imputatur ideo, quia eo tempore pater debitor id habuit. Et quia habuit, videtur jam a principio hereditas eatenus plenior fuisse.

XI.

5) Quam *L.* 51. varie corrigunt, Goveau. ad eam *L.* & Cujac. 25. *Obs.* 24. Sed recta est Florentina lectio, de cujus sententia vid. Hot. 2. *Obs.* 24. & Ant. Fab. 1. *Conject.* 15.

6) Ita & Pap. 4. *Q.* 64. quia, inquit, si auctum peculium fictione quadam juris, hoc augmentum retrotrahitur ad tempus mortis *d. L.* 56. §. 1.

XI. [7] Paulo aliter hæc in fideicommissaria hereditate restituenda se habent. Etsi enim ea, quæ aliunde, quam per caussam testamenti capiuntur, in quartam ei non imputentur: tamen quæ capiuntur judicio testatoris, omnia imputantur. Quo quid contineatur, docui pluribus suo loco, superioris Libri Cap. XXVIII. traditum generaliter in *L. mulier.* 22. §. *si heres. D. ad Trebel.* Quod si explicetur, hoc illud est, quod scribitur in *L. in quartam. ad leg. Falcid.* sive legatum heredi datum sit, siva fideicommissum, sive quid datum conditionis implendæ caussa, id omne in quartam Trebellianicam imputari.

XII. Quæ differentiæ caussa esset, diu, & multum quæsitum est. Nam cum senatusconsulto Pegasiano cautum fuerit, ut ei, qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceat quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur: §. *sed quia heredes. Instit. de fid. her.* quid est, cur contra exemplum legis Falcidiæ putentur in quartam Trebellianicam satis esse ea, quæ jure legati, aut aliter judicio testatoris capiuntur? Mihi vero in verba tum legis Falcidiæ, tum senatusconsulti Pegasiani, sed præcipue in id, quod legatorum præstatione, & hereditatis restitutione agitur, intuenti, non difficilis istius [8] differentiæ explicatio esse videtur. Verba utriusque legis omnes vident. Legis Falcidiæ verba ita sunt, ut heredes quartam partem capere debeant, non cujuslibet rei, aut quorumlibet bonorum, sed nominatim quartam partem hereditatis. Non est quarta pars hereditatis, nisi quæ capitur eo jure, quo hereditas, aut pars ejus haberi solet. Non habetur autem, nisi ab hereda, & jure hereditario. Quocirca ut hæc quarta ab haredibus haberi debeat jure hareditario, non obscure verba efficiunt. Senatusconsulti autem verba de quarta fideicommissariæ hereditatis retinenda referuntur in §. *sed quia heredes. Inst. de fid. her.* Ut ei, qui rogatus erit hereditatem restituere, perinde liceat quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Quarta pars simpliciter hic nominatur, nec quidquam additur, quo intelligi possit, quarta pars hereditatis designari potius, quam quarta bonorum, & singularum rerum, quæ tantum efficiat in quantitate rerum, quantum efficit quarta pars hereditatis. Itaque res incerta relicta est Jurisprudentium interpretationi, & quæsitum, utrum horum hic accipere deberemus. Et natura, ac potestate utriusque tum præstationis, & restitutionis expensa ita reperietur, non aliud dici dabuisse, quam quod veteres statuerunt, in restitutione hereditatis quartam par-

7) Dissentit Cujac. 8. *Obs.* 4. volens, parem esse caussam quadrantis quem fideicommissarius gravatus, & quem legatis oneratus heres deducit. Eamdem esse quartam Falcidiam, quæ in omnibus fideicommissis locum habeat, per *L.* 1. *de leg.* 1. quæ tamen Lex fideicommissa singularia exæquata legatis dicit non universalia, quæ toto cælo discrepant.

8) In ratione discriminis hujus reddenda mire interpretes variant. Govean. *ad L.* 30. §. 7. *h. t. n.* 3. quia favorabilior sit heres, quam legatarius; fideicommissarius autem quam heres, idcirco plura in Trebellianicam imputari. Ratio nimis generalis. Marcel *Tr. Quartar. C.* 5. *n.* 22. & *C.* 8. *n.* 7. rationem Ancorsii sibi optimam videri. Quia heres Falcidius gravatur in uno, quod tenetur creditoribus. (non ita Trebellianicus) æquum visum esse ei magis faveri, & Lorior. *de Jur. Arte, Tract.* 16. *de Legulis, Axiom.* 22. Quæ pars est rationis nostri Donelli. Duar. 2. *Disp.* 11. SC. Pegasianum imitari legem Falcidiam, sed cum aliquo temperamento æquitatis. Senatus enim, & Prætor legem interpretantes, a verborum proprietate non recedunt, cum potestas eorum LL. inferior sit. In iis autem, quæ ad exemplum introducunt, ita imitantur legem, ut majorem tamen habeant æquitatis rationem. Videre hoc est in bonorum possessione, ubi non opus est jussum patris præcedere, sed quivis consensus, sufficit. Ut & in restitutione fideicommissaria ratihabitio satis est. Hinc in fideicommissum legatarum exemplo introductis pleræque subtilitates neglectæ. Sic & hic, inquit, legis Falcidiæ verba clara de quarta detrahenda. Senatusconsulti Pegasiani verba non exstant, sed colligi potest, ea fuisse, ut liceret quartam retinere. Et hujus Trebellianica detractio ad conservationem testamentorum pertinet. Ita Duaren. *d. C.* 10. & fere *hoc tit. C.* 8. *fol* 560. & *sequent.* ubi & conjici posse non fuisse in Senatusconsulto factam mentionem hereditatis; ideoque intelligi quartam bonorum. Char. 2. *Verisim.* 4. ita: Falcidia datum fuit ea legatis, a quibus tota exhauriebatur hereditas. Recte ergo hereditarium esse debet, quicquid in eam imputatur. SC. id tantum inspexit, ne heres gravatus onus sine commodo sentiret. Cont. 2. *Subsec. Lect.* 5. quia verbum, *hereditatis*, quo Lex Falcidia utitur, ad legata extendi potuit. In omni autem fideicommissaria hereditate etiam ab intestato locus est detractioni Trebellianicæ. Igitur necesse est omne genus relicti imputare. Sed posteriorem partem hujus rationis, & quæ sit illius illationis vis, & necessitas, non satis percipio. Matthæ. *Lib.* 2. *de Via Jur. C.* 22. *n.* 12. quia ita receptum, ac hujusmodi forma Falcidiæ, ac Trebellianicæ a LL. præscripta Sed non expedit, cur ita receptum; Et ita fere confugit ad ignorantiæ subsidium, quo ipse eod. *Cap. n.* 9. dicit, miseros se recipere, videlicet ad *L.* 20. *de LL.* Acuta quidem A. Fab. 6. *Conject.* 3. & 4. sic: Lege Falcidia ita restituta libera legandi facultas, ut tamen de solo fiat dodrante, quadrante integro, quem Lex omnino vetat onerari. Hic igitur quadrans jam haredi sola potestate legis confectus est, antequam quidquam ei testator legaret, vel alio modo relinquaret. Contra SC. Pegasianum tantum retinendi quadrantis potestatem facit: Non vero eripuit testatori facultatem totius hereditatis fideicommittendæ. Diversa hæc: Heres rogatus de tota hereditate restituenda quartam deducit: quod verum est: & Heres non potest ita rogari, quod falsum. In Falcidia autem verum est. Heres non potest onerari ultra dodrantem: Lex Falcidia prohibet plus legare. SCt. non item. Ergo ei satisfit si quartam habeat heres, undecunque consequatur. Quarta Trebellianica non ipso jure, sed per doli exceptionem retinetur, *L.* 21. *ad Trebell.* Falcidia autem capitur jure hereditario, legata ipsa jure minuuntur, & legatariis non amplius dodrante capere licet *L.* 57. *h. t.* Acuta hæc quidem; Sed quærendum tamen superest, cur diverse disposuerint L. Falcidia & SC. Pegasianum, ac ratio rationis investiganda. Ea non incommode poni videtur a Cl. Arumæo *Exerc. Justin.* 9 *Th.* 17. in præsumpto testatoris erga heredem affectu, quem plus creditur testator dilexisse quam legatarios. Contra autem majore prosequi fideicommissarium, quam fiduciarium. Confer. Fach. 5. *Contr.* 15.

partem hereditatis, quæ retineri debet, non eam accipi debere, quæ sit quarta hereditatis: sed eam, quæ constet ex iis rebus, quæ capiuntur quovis modo judicio testatoris, dum eamdem quantitatem efficiat, quæ foret in quarta hereditatis. Senatusconsultum Trebellianum facit, ut, restituta hereditate ex caussa fideicommissi, non habeatur jam pro herede is, qui restituit, utpote omnibus actionibus, quæ ei, & in eum competebant, translatis in fideicommissarium. §. *restituta. Instit. de fid. her. L.* 1. *D. ad Trebell.* Non convenit autem, ut postulet quartam partem hereditatis sibi tanquam heredi dari is, qui heres non est.

XIII. Et hoc quidem usque ad dodrantem hereditatis, qui restituitur, manifestam rationem habet. Quod ad reliquum quadrantem hereditatis attinet, si & hunc quoque restituit heres ita, ut, eo restituto, nec pro ea parte habeatur pro herede, etiam hactenus idem probandum apparet. Atqui in ea caussa est heres, cui hereditatem restituere jusso aliquid legatum est. Quatenus enim ei legatum est, placet, eum hactenus non pro herede esse, sed pro legatario, ut nec ad eam usque quantitatem teneatur creditoribus hereditariis. §. *si quis una. Institu. de leg.* Nec vero moleste ferre debet id ita fieri, dum hoc modo una, eademque opera & voluntati testatoris satis fit tota hereditate, aut quanta maxima fieri potest, restituta, & simul ipsi heredi ita consulitur, ut pro parte hereditatis, quam restituit, aliquid accipiat, quod tantumdem efficiat, & præterea hoc ei præstetur, ut sit immunis ab ære alieno. Cur ergo & in eo quadrante postulet se pro herede haberi, quatenus legati nomine quid accipit, qui eatenus non habetur pro herede? Fingamus, eum quartam partem hereditatis jure hereditario retinere. Tamen, cum restituto hereditatis dodrante, pro maxima parte desinat pro herede esse, non debet ua sic quidem prætextu minimæ partis tanquam heres, totius hereditatis quartam desiderare. At lex Falcidia, quæ de legatis præstandis scripta est, longe aliud de herede onerato cavet. Non enim vult actiones, quæ heredi, aut in heredem dantur, legatariis, & in legatarios dari, sed solum legata præstari jubet. Itaque jus vetus confirmat de actionibus hereditariis, quo cum placeat his oneribus teneri heredes, non legatarios: *L. ult. C. de hered. act. L. si hereditatem. D. man.* sequitur, eadem lege suffragante, ut heres, persolutis omnibus legatis, quamvis in patrimonio nihil restet, quod non erogarit, nihilominus tamen in totum heres maneat, nec minus subjiciatur omnibus oneribus hereditariis.

XIV. Nec quisquam mihi objiciat, legata præstari deducto ante omni ære alieno. Non enim eo minus tenetur heres hereditariis creditoribus; neque eo minus sua onera, & incommoda hereditati restant. Nisi forte quis non putat onera esse, quod negotia hereditaria gerenda sunt, ut legatariis consulatur; quod res in tuto collocandæ; quod vexatio æris alieni dissolvendi suscipienda. Adde offensas, & invidiam, quæ ut plurimum heredem sequuntur, dum se ita instituit, ne quibuslibet petentibus statim præstet, quod petunt. Cum igitur heres maneat in totum, qui nihil de oneribus hereditariis in legatarios exoneret: consentaneum est, hunc quoque, si quid habeat, tanquam heredem habere debere, cum sit per omnia heres: Et, ut lex Falcidia loquitur, debere eum, ut heredem, quartam partem hereditatis ex eo testamento capere.

XV. Quod tamen de fideicommissaria hereditate restituenda Mæcianus dixerat, omnia in quartam ejus imputari, quæ jure legati capiuntur, sive quid heredi legatum est, sive præcipere, deducere ante jussus est: id in præceptione, sive legato corrigit. Ait enim, in eo genere id solum imputari a coherede, qui jussus est portionem restituere, & rem aliquam præcipere, quod jure hereditario capitur; pro reliqua vero patre, extra quartam id esse, quod a coherede accipitur, quæ scilicet legati jure accipitur. *d. L. in quartam. ad leg. Falcid.* Qui locus cum sit a me superiore libro expositus in ea parte, quæ est de ipsa hereditatis restitutione, ad quam proprie & Trebellianum senatusconsultum, & quarta eo senatusconsulto inducta pertinet: non est quod de eadem re plura verba hic faciam, & loco alieniora, & repetitione eo insuaviore, quod facile illa omnis tractatio ex suo loco statim sumi potest. Exposui. *Lib. superioris Cap. XXVIII.*

CAP.

CAP. XXVII.

Quarta Falcidia quibus ex rebus deduci possit, & quomodo ab herede obtineri. Ad extremum beneficium legis Falcidiæ de quarta ex legatis deducenda, quam late pateat, idest, ubi locum habeat, ubi non habeat.

Si dodrantem testator excesserit, legata pro rata portione ipso jure minuuntur. Id quam nam vim habeat. I.

Quatenus heres legata, quæ divisionem non recipiunt, solida præstet. II.

Fundo, & ad eum via per alium fundum legata, si tantum in via quantum ex Falcidia de utroque legato detrahendum, fundus solus capitur, via perit. III.

Si plus sit in via, quam quarta heredi debita, utrumque legatario præstandum, & fundus integer, & via, ut tamen doli exceptionem habeat heres, qua consequatur, quod ipsi deest, ne legatarius plus, quam illi debetur, consequatur. IV.

Legatum ususfructus recipit divisionem. V.

Dos uxori legata, & mulieris causa empta, paratave integra præstantur. VI.

Item servus legatus, ac a legatario manumitti jussus. Si vero quid præterea etiam ipsi servo legatum, venit in rationem Falcidiæ. VII.

Id ipsum, quod in servo testatoris obtinet, etiam in servo legatarii admittendum. Quid si pecunia legata rogatus sit legatarius servum alienum redimere, & manumittere. VIII.

Si quædam pure legata, quæ dodrantem non excedant, & simul quædam sub conditione, quæ, si advenerit, lex Falcidia locum habeat, quanam cautione illa heres præstet. IX.

Eadem cautio necessaria in annuis legatis. Quando impuberi. X.

Subjunguntur duæ quæstiones. XI.

Legatarii, & fideicommissarii legis Falcidiæ beneficio non utuntur. XII.

Interdum relicta a legatario per consequentiam minuuntur. XIII.

Hoc beneficium quartæ quidam in totum non habent, quidam, cum habuerint, amittunt. XIV.

Ut quis non habeat accidit ex tribus causis. XV.

1. *Ex privilegio testantis militis.* XVI.
2. *Ex favore legati: in dote, & ad pias causas relictis. Olim secus.* XVII.
3. *Ex voluntate testntoris, si detrahere prohibeat. Prohibuisse autem censetur, & si vetet, ne res alienetur. Secus olim.* XVIII.

His exceptis, omnes ut res legatæ, sic personæ, quibus legatur, si supra dodrantem legatum sit, Falcidiam patiuntur. XIX.

Quidam facto suo eam amittunt in universum, quidam in re aliqua. XX.

In universum amittit qui inventarium non confecit. XXI.

In re aliqua heres ex tribus causis. XXII.

1. *Si testamentum celet, vel rem legatam casu periisse dicat.* XXIII.
2. *Si incapaci rogatus restituere, ubi fisco quarta vindicatur.* XXIV.
3. *Si sciens, vel in jure errans totum restituit, secus si errans in facto.* XXV.

Si tamen quasdam alias res adhuc habeat, per doli exceptionem quartam etiam pro datis retinet. Idem si una res sit legata, cujus pars soluta sit. XXVI.

I. REdeo igitur ad quartam Falcidiam, cujus deductioni cum constabit omnibus computatis, quæ iu eam imputari possunt, oihilominus ex lege locum esse: tum quæretur ad extremum, quibus ex rebus deduci possit ab herede, tum quomodo, & qua via ab eo obtineri. Et de eo ita scribit Cajus in *L. in quantitate.* 73. §. *ult. D. ad leg. Falc.* optimum quidem esse statim ab initio ita testatorem distribuere legata, ne ultra dodrantem relinquautur. Quod si excesserit

rit quis dodrantem, ipsa t pro rata portione per legem v ipso jure minui. Quo significat, tum quartam, aut quod quartæ deest, detrahi de singulis rebus legatis, & quidem ipso jure ita, ut singularum rerum legatum hactenus ipso jure minuatur, factum eatenus heredis, aut certe non legatum. Sed minuuntur proportione, inquam: id est ita, ut quantum deest ad quartam totius hereditatis, quod de universa hereditate sumi possit, tantum de singulis rebus legatis proportione decedat. Id hanc vim habet, ut si totum patrimonium exhaustum sit ita, ut de hereditate integram quartam detrahere heres debeat, eam non deducat in una aliqua re hereditaria, aut in pecunia numerata tantum sibi præcipiat: sed in singulis rebus quartam eamdem pro portione habeat ita, ut singulas cum legatariis partiatur, illi ut dodrantem in singulis habeant, hic quartam, quam jure ipso tanquam suam possit retinere, si possidet, si non possidet, possit vindicare a quovis possessore. *L. lineam.* 26. *L.* 1. *§. si legatarius. ad legem Falc.* Quod si legatarius rem legatam occuparit sine voluntate heredis, habet heres interdictum. Quod legatorum, quo consequi potest, ut res tota sibi restituatur, *L.* 1. *D. quod leg. d. L. lineam. ad leg. Falcid.*

II. Sed hæc quartæ retentio, quam diximus, in his rebus locum habet, quæ divisionem recipiunt. Quid fiet, si legata sit res, quæ divisionem non recipit, ut iter, via, & si quid heres ædificare jussus est? Placet, rem ita transigi debere, ut solida hæc præstentur; heredi autem ita consulatur, ut, æstimatione facta legati, denuntiet legatario, ut partem æstimationis inferat. Si non infert, utatur heres adversus eum doli mali exceptione. *L. si is qui quadringenta.* 80. *§. ult. L.* 7. *ad leg. Falcid.*

III. Interdum evenit in hoc genere rerum, ut de una re legata sumatur, quod præstetur pro alia, ita ut hæc solida detur, ejus autem, unde quarta sumitur, legatum exstinguatur. Veluti si fundus, & ad eum via per alium fundum legata sit. Nam si tantum sit in via, quanto amplius est in Falcidia, puta si in Falcidia quæ de utraque re retineri debet, sint decem, & via valeat decem, integer fundus capietur, & Falcidiæ de viæ æstimatione ita sumetur, ut via pereat. *L. si fundus*, 23. *L. Plautius.* 49. *§. ultim. ad leg. Falcid.* Quæ computatio in hac re pro commodo utriusque & heredis, & legatarii inducta est. Nam & heres isto modo consequitur, quartæ nomine, quod satis est; & legatarius solidum fundum, quem alioqui solidum non consequeretur. Nec de via amissa hoc casu quæri debet, quia etsi pars in fundo Falcidiæ nomine caperetur ab herede, æque legatario viæ legatum exstingueretur, nec tamen solidum fundum haberet. Servitus enim pro parte dominii acquiri non potest. Huc spectat Pauli ratio reddita ab eo in hac specie in *d. L. Plautius.* 49. *in fin.*

IV. Quod si via legetur, nec solvendo sit hereditas, placet, viam ante omnia deduci, ut sic nec debeatur. Sic deinde in reliquo patrimonio iniri rationem legis Falcidiæ, ut & fundus legatus, & cæteræ res legatæ ipso jure minuantur. Hoc Scævola in *d.* 3. *L. si fundus.* 23. Addit ibidem,

t) Unde res omnes communicantur inter heredes, & legatarios. Et in omnibus utrique habent partes indivisas Duar. *h. t. C.* 3. Non tamen semper quarta pars de legatis, sed quandoque minor detrahitur, si legata dodrantem excedunt, sed assem non exhauriunt, vel absumunt. Ut, si 400. in bonis habeat, legat. 350. detrahitur non quarta pars, id est 100. sed octava, id est 50. Duar. *h. t. C.* 2. vid. & Parador. 1. *Rer. quotid.* 18.

v) Duar. *h. t. C.* 2. Govean. *ad L.* 16. *h. t.* n. 2. A. Fab. *Conject.* 6. & 6. *Conject.* 2. & 3. quia legandi facultas libera. LL. Furia, & Voconia imminuta, hactenus tantum restituta, ut quadrans illibatus maneret heredi. Non itaque opus prætoriæ jurisdictionis auxilio, ut detur exceptio doli: licet ea aliquando fiat necessaria, & eveniat, ut non possint minui ipso jure; Ut si ex pluribus legatis heres quædam solvit sine detractione Falcidiæ, & non interposita stipulatione. Quanto amplius legatorum nomine acceptum *L.* 16. *hoc tit.* Item si res legatæ natura divisionem non recipiant, ut hic noster. Falso itaque Cujac. 8. *Obs.* 2. & 10. *Obs.* 28. jure veteri solam esse retentionem quartæ, per oppositam exceptionem doli, vel in factum. Primum Justinianum dare vindicationem *L. pen. C. h. t.* Nam imma doli exceptio non est in iis casibus, quibus per legem minui non possunt legata, A. Fab. *d. C.* 6. Et dari vindicationem probat *L.* 26. *h. t.* Resp. quidem Cujac. *d. C.* 2. id ibi esse speciale in rebus legatis, quæ apud legatarium fuerunt mortis tempore, quas forte a vivo testatore consecutus, ubi non est locus retentioni. Sed male. (1) quia ratio specialitatis firma non est, cur hoc potius casu habere debeat vindicationem heres, contra legatarium, quam alio, forte contra alium possessorem. (2). Si vivus præstitit rem, non ut legatam accepit is, cui res adscripta, sed ceu donatam inter vivos. (3) Vindicatio non est subsidiaria retentionis per exceptionem, sed hæc illius. Et Cujacius refellitur non tantum ex *d. L.* 73. § *ult. h. t.* ubi verba *ipso jure*, minime sic exponi possunt, *Suo jure*, jure hereditario; eo quod habet a lege Falcidia, quæ dat retentionem. Passim enim, & infinitis locis opponuntur, *ipso jure*, & *per exceptionem*, sed & ex *L.* 12. *h. t.* ubi legatario contra heredem datur doli exceptio ne Falcidiam deducat. Si heres quando deducit Falcidiam ut regulariter, utetur doli exceptione, utique legatario casibus, quibus a deductione prohibetur, danda esset doli replicatio, non exceptio. Item ex *L.* 1. §. 5. *Quod legat.* vid. Fab. *d.* C. 5. & *d.* C. 12.

3) Ubi male Govean. pro & *via perit* reponit, *nec via perit*. Nam cum eo casu, quo tantundem, vel amplius est in Falcidia quantum in via, nullatenus via præstetur, sed solus fundus, necesse est eam perire, cum nullibi consistat, nec heredi res sua servire possit. Non etiam recte, idem & A. Fab. 4. *Conject.* 6. voculam *amplius* expungunt (ceu glossographi ea sit) putantes eo casu, quo viæ pretium non sufficit compensationi quartæ, ex utroque legato fundi, & viæ deducendæ, viæ legatum plane inutile fieri, eo quod ea causa Falcidiæ parte fundi legati detracta, via alteri fundi parti, quæ legatario præstanda, acquiri per illius conditionem, qua pro parte acquiri non potest, nequeat. Atque

dem, *si fundo, & via legatis, minus ex utroque desideretur, quam sit viæ pretium, posse coacta ratione dici, non tantum fundum solidum capi, sed etiam ut doli exceptio tantum sarciat, quantum deest, ne plus habeat, quam Falcidia desiderat; ut tunc solum via intercidat, quoties plus Falcidia desiderat, quam est viæ pretium.* Verba sunt Scævolæ: sed oratio paulo obscurior, quæ sic interpretanda est. Vult Scævola, si fundo & via legatis, minus ex utroque desideretur, quam sit viæ pretium, viam hoc casu perire legatario iniquum esse, cum plus sit in via, quam in quarta, quæ heredi debetur. Posse igitur dici, solidum præstandum esse, & fundum, ne, eo diviso, via pereat: & viam, quia eam perire iniquum sit: sed hac lege viam præstandam, ut doli exceptio tantum sarciat, supple *heredi*, quantum deest, ne legatarius plus habeat, quam Falcidia desiderat; in summa in hac tota specie id statuendum, ut tunc solum via intercidat, quoties plus Falcidia desiderat, quam est viæ pretium, aut desiderat tantumdem. Secundum quam distinctionem accipiendum erit dictum Pauli in *d. L. Plautius.* 49. §. *ult.* qui alioqui illic sine distinctione scripsit, cum fundus, & ad eum via legata est per alium fundum, evenire in Falcidiæ ratione, ut sequens legatum viæ exstinguatur.

V. De usufructu legato nulla dubitatio est, quin in eamdem computationem cum cæteris rebus veniat, & similiter lege Falcidia minuatur, cum supra dodrantem legatum est. Divisionem enim recipit. *L. 1. §. si ususfructus. L. sed ususfructus.* 81. *ad leg. Falc.*

VI. Sed cum omnia legata regulariter ita minuantur, ut supra dixi, quoties testator dodrantem excesait: sunt tamen, quæ excipiantur, quæ placuit solida præstari. In primis duo illa, de quibus commemoravi initio, quasi lege ipsa excepta essent, dos uxori legata, & quæ mulieris caussa empta, paratave sunt. De his rebus scribit Cajus in *L. sed ususfructus.* 81. eas extra rationem, & modum legis Falcidiæ esse, & ut essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum esse. Hoc sentit, hæc ita extra legis Falcidiæ rationem esse, ut

que sic exponit Faber voculam *intercidat.* in *d. L.* 23. ut significet inutiliter legatam esse, faciens discrimen inter *perire*, & *intercidere.* Ut priore casu, quo nihil plus in Falcidia, quam in via, pereat quidem via, seu non præstetur; sed non ideo legatum esse inutile, facere namque quo minus per Falcidiam legatum alterum fundi minuatur. Posteriore autem casu, quo plus in Falcidia, quam in viæ pretio, intercidat via, ac non tantum non præstetur, sed nec quidquam commodi ex isto viæ legato ad legatarium perveniat, nec quidquam minus fundi legato ex Falcidiæ ratione deducatur, quam si via legata non esset. Idem Faber in illa specie, qua viæ æstimatio Falcidiam ex utroque legato deducendam superat, solum fundum dicit præstandum, sed ita, ut per doli exceptionem legatarius consequatur quanto plus est in viæ pretio, quam in Falcidia. Ac posterius hoc rectius quam noster, Accursium sequutus. Tum quia nullum verbum in *L.* 23. de via legatario præstanda, tum quia ibi doli exceptionem non dari heredi, sed legatario, convincit vocula *desiderat.* Nam si via præstaretur, & heredi in pecunia dandum esset, quod ob Falcidiam eum habere oportet, atque sic verba *ne plus habeat* respicerent ad legatarium, non utique sic loqui debuit JCt. sed sic, *ne plus habeat* (legatarius) *quam Falcidia permittit.* Apparet itaque verba, *ne plus habeat*, referenda esse ad heredem, proindeque doli exceptionem dari legatario, cujus vi fit, ne heres plus habeat, &c. Falcidia certe desideret, ne plus legatarii consequendo quadrans non maneat integer. Non desiderat Falcidia, ne heres plus habeat quadrante. Permittit enim vel ei solidum relinqui Cæterum priorem Fabri opinionem nec æquam, nec veram puto. Nunquid enim minus æquum ex legato viæ commodi quid percipere legatarium, cui & fundus, & via relicta, si viæ pretium aliquanto minus eo, quod ex utroque Falcidiæ ratione deducendum, quam si forte æquet, aut parumper excedat? Nunquid major hic, quam illic ratio antonianæ voluntatis defuncti? Nunquid magis ac minus in pretio rei variabunt decisionem? Nunquid plus dabimus favori legatarii, si via majoris pretii quam si minoris? Quo vero probet, illam inter *perire*, & *intercidere* differentiam? Denique vere contraria est Fabro regula illa: legata quæcunque inutilia sive ab initio, sive postea reddantur, heredi in Falcidiam imputari, *supr. Cap. præced. N.* 5. Nec vero vera est Fabri restrictio, quasi obtineat tantum ratione aliorum legatariorum. Immo obtinet etiam ratione ejus legatarii, cujus legatum inutile, ut aliquanto plenius ei præstetur aliud legatum utile eidem datum. Et quid si huic uni legatum sit? Pone enim In hæreditate sunt 400. Legatus Cajo fundus dignus 320. eidemque via ad eum pretii 40 Hic heredi ad quadrantem desunt. 60. quæ in via sola haberi nequeunt; Proinde, ex Fabri opinione legatum viæ inutile. Quia tamen eo ipso imputandum in Falcidiam, quod ab herede non præstatur, per supra dictam regulam, fiet, ut ex fundi legato non 60. sed 20. deducantur. At finge, plures esse legatarios. Ut in bonis 400. Sejo legata 100. Titio 100. Cajo fundus 150. dignus, & via ad eum valens 30. Quadranti desunt 80. Si legatum viæ ideo, quod compensationi ejus, quod per Falcidiam deducendum, uti 80. non sufficit, inutile; & tamen in eam imputatur: per dictam regulam fiet, ut Sejo detrahantur 14. & duæ septimæ, Titio totidem, & Cajo 21. & tres septimæ. Cui, si via non imputaretur, ex fundo deducerentur, 34. & 2. septimæ: ut habeat 115. & quinque septimas. At si nobiscum dicas, legatum viæ consistere, quod ratio suadet, detrahet heres ex utroque fundi, & viæ legato 37. & 17. novendenas. Nempe quia 80. eum habere oportet, Seji legatum minueret 21. & una novendena; Titii totidem; Caii fundus 31. & una novendena; via sex, & sex novendenis. Atque sic in universum habebit Cajus 142. & duas novendenas. Idque æquum, ac conveniens est. Nec quidquam obsistit vel illa juris ratio, quia via pro parte præstari nequit. Nam si cum servitus sola legata, & in ea Falcidia inducenda, solida præstanda, ut partem æstimationis inferet legatarius *L.* 7. *L.* 80. §. *ult.* quidni & hic cum Falcidiam non æquat pretium viæ, ejus ratione ita ab herede retineatur, ut quod deest, legatarius suppleat. Nec obstat *L.* 49. §. *ul. h. t.* quæ fefellisse videtur virum doctissimum. Nam extinguit legatum viæ vere dicas; sed ita, ut ob illius extinctionem integrius maneat aliud legatum; quod si absque eo esset, plus diminueretur, ut & noster recte intelligit. Ex quibus jam apparet, nihil ex vulgata lectione *d. L.* 23. immutandum. Sed sic eo sic distingui. Aut plus est in Falcidia, quam in via, & integer fundus capitur, quod deest Falcidiæ a legatario supplendum. Aut minus, & solita ejus etiam fundus capitur, sed id, quod æstimatio viæ excedit Falcidiam, legatario ab herede insuper exsolvendum. At sic, dices, omissus casus, quo tantumdem in uno quantum in altero. Resp. Verbis omissus, ideo quia rarissime, & vix eveniet, ut viæ pretium Falcidiæ deductioni plane, & exacte conveniat. Quod ex communi vitæ usu facile liquet, cum legato testamenti sint certa, facultates fere incertæ &c. Sententia non omissus, qui illo casu, quo plus est in Falcidia sic deciso, nulla de hoc, quo tantumdem, probabilis supererit dubitatio.

ut nec in patrimonio numerentur. Eoque nec tanquam inde lagata jure Falcidiæ minuantur. Indicat, cum ait, in dote relegata, mulierem rem suam recipere videri. Eadem vero & in rebus ejus nomine paratis ratio est.

VII. Sed etsi servus ita legatus sit, ut rogaretur legatarius eum manumittere: si quidem nihil præterea ei legatum est, unde quartam, quæ per Falcidiam retinetur, retinere possit heres, [4] cessat Falcidia. Sin quid legatum sit præterea, atiam si ipsi servo legatum sit, placuit, Falcidiæ locum esse, & quidem ita, ut, in eo, quod præterea servu legatum est, placeat ita Falcidiam admittendam, ut inde & quod pro servo præstandum est, sumatur. Exstat hæc distinctio in *L. si servus.* 33. *& L. plane.* 35. *ad leg. Falcid.*

VIII. Quod si in servo testatoris ubtinet, etiam in servo legatarii admittendum est. Quod Paulus sic explicat in *L. sed si* 36. *eod.* ut dicat, si pecunia legata rogatus sit legatarius servum suum manumittere, Falcidiam similiter passurum eum & nihilominus cogi servum manumittere: & addit rationem, quia testator tanti videtur æstimasse servum. Si pecunia legata rogatus sit legatarius servum alienum redimere, & manumittere, scribit eodem loco Paulus, id est in *L.* 36. in eo legatarium non plus, quam accepit, ad redimendum cogi impendere. Quod ex superioribus ita interpretandum videtur, ut, sive tantumdem ad redimendum impendit legatarius, quantum accepit, sive minus, pecunia quanta accepta est, patiatur Falcidiam. Sin legatarius plus impenderit, quam accepit, id quod amplius est in rationem legis Falcidiæ nun veniat; quia non sit ex legato. Non enim cogitur plus, quam accepit, impendere. Addit ibidem, si heres rogatus sit servum suum manumittere, enm servum jam non esse computandum in patrimonio, ut id augeat, sed ut æs alienum esse deducendum.

IX. Interdum quæ legata per se minui possunt, ex conditione solida præstantur in præsentia, sic tamen, ut ex eventu minuantur. Quod accidit, quoties pure quædam legata sunt, quæ dodrantem non excedant, & alia quædam sub conditione, quorum conditio si exsistat, futurum sit, ut legi Falcidiæ lucus fiat, id est, ut, illis accedentibus, aupra dodrantem legatum intelligatur. *L. in quantitate.* 73. *§. magna. vers. sed etsi. ad leg. Falc.* Nam cum ea, quæ pure legata sunt, nec modum legis excedunt solida præstanda sint: & tamen si postea exsistat aliorum legatorum conditio, lex Falcidia locum habest, ut ea, quæ prius data sunt, eventu minuantur: in eam rem cautum asse debet heredi, ut legatarii stipulanti promittant, si apparuerit, eos legatorum nomine amplius cepisse quam per legam Falcidiam licet, se reddituros. Hæc illa est cautio, de qua peculiari titulo agitur in Pandectis post titulum ad legem Falcidiam, sub hac inscriptione. Si cui plus, quam per legem Falcidsm licuerit, legstum esse dicetur. Ubi occasio, & locus hujus cautionis, quid contineat, vis item, & potestas dilucide explicatur, maxima in *L.* 1. *statim a principio.* Tantum nunc admunendi videmur, hanc cautionem essa non nudam, sed satisdationem; *L.* 1. *in princ. L.* 4. *in pr. D. eo. tit.* id est eam stipulationem, qua quod prumittunt legatarii se præstaturos, promittunt fidejussoribus in eam rem datis. *L.* 3. *§.* 1. *eod.* id enim satisdare significat. *L.* 1. *D. qui sat. cog.* Exigendæ in hac re satisdationis ratio hæc fuit, quod nuda re promissio hic fuit supervacua, cum & sine ea repeti potuerit, quod solutum est, in debiti conditione. Satisdatio autem ad conditionem ideo necessaria, quia fieri potest, ut legatarius aut jam non sit, aut postea esse desinat solvendo, atque ita fiat, ut pereat heredi, quod datum est. Quod ne accidat, satisdatione illi prospicitur. *L.* 1. *§. hæc stipulatio. eod. L. is cui fideicommissum.* 31. *ad Falcid.*

X. Ergo eadem cautio locum habebit, cum quæ ab impubere instituto legata erunt, non excedent modum legis Falcidiæ: verebimur autem ne, impubere mortuo, cui secundis tabulis substitutus datus erat, alia legata inveniantur, quæ contributione facta dodrantem excedant. *L.* 1. *§. interdum. L. si is, qui quadringenta.* 80. *ad leg. Falcid. L.* 1. *in prin. D. si cui plus quam per leg. Falc. lic.* Nempe ideo, quia legata secundis tabulis relicta, perinde habentur, quasi primis tabulis ralicta essent sub conditione. *L. in ratione.* 11. *§. quod vulgo. in fi. L. qui fundum.* 87. *§. ult. ad leg. Falcid.* Secundum quæ dicendum fuit, quod Paulus scribit, si in annos singulos legatum

4) Quia enim immensa libertatis æstimatio, nulla ratione calculus dodrantis, vel quadrantis sub ire potest, Forner. 2. *Select.* 25. Neque etiam libertates vere excipiuntur, cum nec legari proprie dicantur, Gorean. ad *L.* 1. *§. 7. h. t. vid. not. supr. Cap.* 2. *N.* 13.

tum sit Titio: quia multa legata sunt, & conditionalia, eidem illi cautioni locum esse in legatis priorum annorum præstandis. *L.* 1. §. *si in annos. eod.* Quibus omnibus consequens est, quod Celsus scribit in *L. si propter.* 53. *eod.* si propter ea, quæ sub conditione legata sunt, pendet legis Falcidiæ ratio, præsenti die data non tota vindicari. Sane enim superiore cautione introducta fit, ut simpliciter non recte vindicentur tota. At cautione oblata, recte vindicabuntur.

XI. His expositis, exposita est legis Falcidiæ sententia, & cognita ea imminutio legatorum, quam hoc loco quærimus; ut sciri possit, cum supra dodrantem hereditatis legatum est, quantum per legem Falcidiam sit in legato. Superest, de lege duo consideremus. Unum an ratione videatur lex producenda longius, quam diximus; alterum contra, an in his ipsis, quæ diximus, sit perpetua.

XII. Quorum de priore dubitatur propter legatarios, & fideicommissarios, a quibus quid relinquitur. Nam lex solum cavet de heredibus, quos illa jubet hereditatis restituendæ partem quartam capere. Nulline ergo alii, quam heredes legis Falcidiæ beneficio uti possunt: puta legatarii, aut fideicommissarii, si & ab ipsis ita legatum, vel fideicommissum relictum sit, ut vel totum quod acceperunt, vel supra dodrantem jubeantur restituere? Et ne moveamur heredum exemplo, ita traditur in *L. lex Falcidia.* 47. §. 1. *ad leg. Falc.* nunquam legatarium, vel fideicommissarium, licet ex Trebelliano senatusconsulto restituatur ei hereditas, uti legis Falcidiæ beneficio. Et recte: ut enim declaratur *tit. Instit. de lege Falcidia, in princ.* in attribuenda scriptis heredibus quarta parte hereditatis, legis consilium fuit testatoribus consulere, dum hoc spectat, ut heredes scripti eo quasi præmio inducti hereditatem adirent, adeundo testamentum confirmarent, quod illis non adeuntibus irritum futurum esset. *L.* 1. *D. de injust.. rup.* A legatariis, aut fideicommissariis nullum nec commodum tale præstari potest, si relictum agnoscant; nec, si repudient,[6] ullum tale incommodum timeri. Valet enim testamentum adita hereditate, sive legatarii legatum agnoscant, sive nolint ad se pertinere. sic fit, ut caussa beneficii in his cessante, nec beneficium ad eos pertineat. *L. quod dictum. D. de pact. L.* 2. §. *sed utrum. D. de mi.* Qua ratione Paulus respondit, si filiusfamilias, qui militaverat, decedens patris sui fideicommisisset codicillis, ut peculium suum castrense Titio post mortem restitueret, patrem quartam deducere[6] non posse: quia non videretur in proposito hereditas esse, sed solum peculium, quod jure suo pater obtineret: porro nemo alius quam heres legis beneficio uteretur. Hoc ille in *L. filiusfamilias.* 18. *ad leg. Falc.*

XIII. Sed quod relictum a legatario per legem Falcidiam non minuitur recta, interdum per consequentiam minuitur. Nam si Titio viginti relicta sint, & is rogatus sit restituere Sejo quinque: placet, si viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta sit, tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum, quantum Titio ex viginti detractum esset. Hoc in *L. pœnales.* 32. §. *ult. eod.* idem traditur in *L. facta.* 63. §. *si Titius. D. ad Treb.* Neque hoc ideo fit, quod Titius legatarius Falcidiam inducat, sed quod cum legatarius cogetur præstare quinque de eo, quod ipsi legatum est, non est æquum eum illa quinque de suo præstare, ut ipse de suo damnum sentiat. Ratio reddita in *d. L. facta.* 63. *si Titius.* Sed hæc sententia in fundo legato locum non habet,[7] si reditus fundi largiatur eam quantitatem, quam legatarius præstare jussus est. *L. maritum.* 25. §. 1. *ad leg. Falcid.*

XIV. Alterum autem illud, quod quærimus, an quod de quarta de legatis, quæ dodrantem excedunt, detrahenda lex constituit, sit perpetuum; tale est, ut vere responsuri simus, multis modis non esse perpetuum. Quæ res sequentem hanc quæstionem inducit, ut quæratur, quibus modis, quibusve in caussis id accidat. Et omnino hujus beneficii denegatio lte est, ut hoc quidam in totum jam ab initio non habeant; quidam, cum habuerint, amittant: utrunque certis, & propriis de caussis.

XV. Ut quis beneficio retinendæ quartæ

5) Vid. Duar. *h. t. C.* 6. Chiflet. *de Port. Legit. C. ult.* Matthaeus. *Lib.* 4. *Epit. Legat. C.* 6. *n.* 6.

6) Dissen. Duar. *h. t. C.* 5. putans in *d. L.* 18. usque ad vers. *sed me non dubitare*, referri rationes dubitandi; contrarium autem in eo vers. decidi. Sed recte A. Fab. 1. *Jur. qu.* 11. *Pr.* 9. *Ill.* 5. in eo vers. confirmari priorem sententiam: Falcidiæ locum non esse exinde, quod personæ conditio faciat, ne ulla filiifamilias hereditas esse possit; proindeque pater, non quasi patrisfamilias, qui solus habet heredem, sed ut filiifamilias bona retineat.

7) Duar. *h. t. C.* 2. sic distinguit: Si pars ipsius legati a legatario relicta alteri, legato minuto per Falcidiam minuetur & fideicommissum *d. L.* 32. §. *pen.* ubi minutis 20. Titio legatis, simul etiam 5. ceu pars istorum 20. Sin aliud fideicommissum legatario, id non minuitur *d. L.* 25. §. 1. Probatur distinctio per *L.* 97. *de leg.* 2. Vid. & Goreau. ad *d. L.* 32. § *pen.* & Cujac. 6. *ad Afric. ad L.* 28. *ad SC. Trebell.*

tæ in totum, & ab initio careat, [8] trium harum caussarum accidit ex aliqua: aut ex privilegio testantis; aut ex genere, & favore relicti; aot ex apetta cujusvis testatoris voluntate.

XVI. Ex privilegio testantis, si fuit miles. In militis testamento cessat lex Falcidia: *L. in testamento. C. ad leg. Falc. L. in testamento. C. de test. mil.* ipsa alioqui ad omnium testamenta qui milites non sunt, etiam veteranorum si nihil aliud impediat, pertinens. *L.* 1. *§. lex Falcidia. L. si post.* 17. *L. ad veterani.* 40. *D. ad leg. Falc.*

XVII. Ex genere, & favore legati jam olim ipsa lege Falcidia excepta erat dos mulieri prælegata, & quæ res ejus canssa emptæ, paratæve essent, ut initio dixi. *L. sed ususfructus.* 81. *§.* 1. *ad leg. Falc.* Exceptum postea, etsi quid ad pias caussas quascumque legatum sit. Effectum constitutione Justiniani Novella, *de eccles. titul.* 131. *§. si autem heres.* unde *auth. similiter. C. da leg. Falcid.* Atque in hoc numero eidem Justiniano hæc habentur, quæ Deo, quæ ecclesiæ, quæ in redemptionem captivorum, in alimoniam pauperum, & miserabilium personarum, quæ ad ædificationem, aut refectionem religiosorum locorum relicta sunt. *ead. Novel. §. si quis in nomine & duobus §§. sequentibus.* [9] Hæc aliter jure vetere, quo placebat etiam ad ea legata, quæ Deo relinquuntur, quæque ad alimenta puerorum, legem Falcidiam pertinere. *L.* 1. *§. ad municipum. L. Divi.* 89. *D. ad leg. Falc.*

XVIII. Ex voluntate testatoris enjoslibet [10] cessat hodie lex Falcidia, utcumque illi visum est vetare, ne heres qoartam retineat. Inductum alia constitutione ejusdem Justiniani, *Novella* 1. *de her. & Falc. §. hinc nobis. in fin.* unde *auth. sed cum testator. C. ad leg. Falc.* Jus illa constitutione plane inductum, cum ita olim jus esset, ut quarta, quæ per legem Falcidiam retinetur, a testatore nec auferri posset, nec minui. *L. quod bonis.* 15. *§. ultim. ad leg. Falc.* Usque adeo, ut placeret nec stipulationem de non retinenda quarta, quæ nondum delata esset, cum quovis interpositam, [11] nec pœnam adjectam, si contra factum esset, tanquam juri publico repugnantem valere. *d. L. quod bonis.* 15. *§.* 1. *ad leg. Falc.* Superioris interdictionis speciem esse idem Justinianus judicavit, cum testator nominatim rem aliquam ita legat, ut ne alienetur, sed permaneat apud successorem ejus, cui relicta est. Et recte: alienatur enim res pro parte, si quarta apud heredem remaneat. Ideo & ipse in hac re sibi consentiens jussit cessare Falcidiam. *Novell. ut spons. larg.* 119. *§. si quando.* unde *auth. sed in ea re. C. ad. leg. Falc.*

XIX. His exceptis, ita jus est, ut nulla res ab initio quartæ detrahendæ jus inhibeat, sed pertineat lex Falcidia ad omnia tum legata, tum donationes, quæ legatis comparantur, ut donationes caussa mortis, & quæ inter virum, & uxorem factæ sunt. *L. si mortis. L. in donationibus. C. ad leg. Falc.* Sed nec quidquam intarsit, quæ res legatæ sint, propriæ, an alienæ; corporales, an jura; certæ, an incertæ; pretiosæ, an viles. *L.* 1. *§. non solum L.*

lineam,

8) Duaren. *h. t. C.* 8. *f.* 575. Cessat, inquit, Falcidia vel ob personam testatoris, vel ob rem legatam, vel ob personam legatarii, vel ob voluntatem testatoris, vel ob culpam heredis. Ita & Ant. Matthæus. 4. *Epit. Legat.* 6. *n.* 16. Caussas has versibus comprehensas habet P. Greg. 42. *Synt.* 84. n. 13.

9) Ita Goveun. *ad d. L.* 1. §. 5. Cujac. *in Nov.* 1. *pag. m.* 20 *& seqq.* ubi tamen 3. casus jure antiquo excipit. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 11. Duar. autem *h. t. C.* 8. *f.* 574. id primo emendatum esse scribit per *L. si quis ad declinandum* 49. §. 2. *C. de Ep. & cler.* quæ una ex correctoriis. Vasq. *Lib.* 3. *de Succ. progressu* §. 26. *n.* 64. nec immediate, nec mediate ex his relictis Falcid. detrahi. Ex. gr. Si Titio legata 100. & is rogatus Ecclesiæ restituere. Non minuetur legatum Titii. Vid. Tiraq. *Privil. piæ causæ* 26. Dissentit Guill. Forner. 6. *Select.* 25. volens, non hodie excipi hæc legata. Et *d. Nov.* 131. *C.* 12. ita demum ea a lege Falcidia excludere, si dolum in iis præstandis adhibeat heres, affirmans, patrimonii vires non sufficere, ubi omni L. Falcidiæ beneficio privetur, etiam in cæteris legatis. At Cujac. in *d. Novell.* 131. a se ipso dissentiens, & Goth. ibid. *in not. d. C.* 12. accipit de moroso herede, & Fopp. ab Æxema 1. *Dissert.* 8. Aliter dissentiunt Balduin. *de lege Falc. pag.* 37. Cujac. *in not. I. h. t. & 4. Sent. Pauli* 3. § 3. qui volunt & jure veteri fuisse excepta, & in *d.* §. 5. pro *vel*, reponunt *non.* Quod refellunt Forner. *d. loc.* & Rob. *1. Rec. Lect.* 15. Nec obstat *L.* 5. §. *de don. int. vir.* Nam quod ibi donatio conjugalis sustinetur, non fit favore religionis, sed quia, cum uxoris res inde non augeatur, mutuo amore conjuges non spoliat. Vid. not. Goth. *ad auth. Similiter C. h. t.* Inconveniens vero videtur ratio Goveani in *d.* §. 5. ideo jure veteri de Deo relictis Falcidiam non deduci, quia dii rebus, quas ipsi mortalibus ad usum viam tribuunt, non indigeant. Sic enim relictum in totum non consisteret. At Deo relictum censetur ad usus divinos. Sic Manuel Comnenus *in Novell. quadam sua* (quam cum aliis 9. Imperator. Oriental. nuper edidit Carolus Labbæus) *C.* 7. testatur, solere fuisse suo tempore Christum heredem scribi, cum facultates suas in pauperes distribui vellent testatores. De relictis diis gentilibus, vid. Rad. Forner 2. *Rer. quotid.* 8. Exemplum in perantiquo testamento militari locandi, cujus formulam refert Balduin. in *pr. I. de test. mil. n.* 4. in quo filiis relicta, ni conditioni adjectæ paruerint, pro reparando templo Dei Sylvani attribuuntur.

10) Nam & ratio quæ olim inhibuit prohibitionem, hodie cessat. Vid. Matthæus. *Lib.* 4. *Epit. Legat. C.* 6. *n.* 11. *& seq.* Duaren. *h. t. C.* 8. *circ. fin.* Expressa autem prohibitio requiritur; nec simpliciter legando ultra dodrantem creditur, hac mente fuisse, sed potius de facultatibus suis amplius sperans, putasse legatis exsolutis quadrantem superfuturum heredi. Sarmient. 2. *Select.* 7. *n.* 12.

11) Quia autem hodie testamentum prohiberi potest, idcirco & pacto, ac stipulatione remitti per regulam *L.* 46. *de pact.* Cujac. *in d. L.* 6. quod & noster velle videtur Contra Hot. in *d. L.* 46. quia testator prohibendo, statuit de re sua. Heres autem futurus, & incertus ante mortem testatoris statueret de re pacti tempore aliena.

Digitized by Google

lineam. 26. §. 1. *ad leg. Falc.* Ne persona quidem legatarii, quæcumque sit, ad inhibendam quartæ deductionem quidquam facit, sive privato alicui legatum proponas, sive municipibus, sive etiam principi. Omnes ut res legatæ, sic personæ, quibus legatur, si supra dodrantem legatum sit, Falcidiam patiuntur. *d. L.* 1. §. *ad municipum. eod. L.* 4. *C. eod.* Patrem adeo ipsum in legatis, quæ filius ei dedit alio herede instituto, hoc jure uti debere placuit. *L. pater.* 28. *ad leg. Falc.*

XX. Et hoc quidem ab initio ad quartam deducendam heredis ex lege Falcidia jus est. Sed potest, qui ab initio habuit postea facto suo amittere. Quod alterum genus est eorum heredum, qui in quarta deducenda, legis beneficio carent. Amittit autem hoc jus, & beneficium heres alias in universum in omnibus rebus testamento relictis, alias in una aliqua re certa legata dumtaxat.

XXI. In universum ex hac caussa, si inventario secundum formam a Justiniano in hac re præscriptam non facto hereditatem adiit, & cœpit tractare res hereditarias, cautum a Justiniano. *Novel.* 1. *de her. & Falc.* §. *hinc nobis.* addita insuper ibidem hac pœna, ut hoc casu heres solida legata præstet, quanvis illa excedant vires patrimonii. Hæc eadem in *auth. sed cum testator. C. de leg. Falc.*

XXII. In una re aliqua jus quartæ obtinendæ amittit heres ex tribus caussis.

XXIII. Una, si id egit, ut legatum intercidat, puta aut testamentum, vel codicillos, quibus legatum relictum erat, celando, aut rem legatam casu periisse affirmando, cum sciret exstare. *L. beneficio.* 59. *D. ad leg. Falcid.*

XXIV. Altera, si, ut non capienti fideicommissum restitueret, fidem suam accommodavit. Sed ex hac caussa placuit, quartam, quam heres non retinuit, ad fiscum pertinere. *d. L. beneficio.*

XXV. Tertia, si quarta non retenta rem legatam restituit, sive sciens se quartam retinere posse id fecit; sive ignorans quidem, sed in jure errans, dum scit, supra dodrantem legatum esse: sed per imperitiam juris non putat, se de legato quidquam posse deducere, quin ut solidum præstare jussus est, ita solidum ex voluntate testatoris exsolvere debeat. Quibus casibus ideo quartam amittit heres, quia ex his caussis soluti legati cessat repetitio. [12] Quod si in facto errans solidum solvit, qui quartam retinere poterat, puta dum ignorat quantum legatum sit, aut plus in patrimonio esse existimat, quam sit: error facti non impediet quartæ repetitionem. Hæc in *L. error. C. ad legem Falcid.* de quo plura diximus Lib. I. in quæstione de juris, & facti ignorantia.

XXVI. Sane si ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, in his quidem quas sciens, aut in jure errans solvit, nihil repetere poterit: sed ex reliquis plenam Falcidiam poterit per doli exceptionem retinere, etiam pro his, quæ jam data sunt. Sed etsi una res sit legata, cujus pars soluta sit, ex reliquo potest plena Falcidia retineri. Hoc Scævola in *L. si ex pluribus.* 16. *ad legem Falcid.* Nihil quidem adjecit Scævola de errore, quo quædam ab herede soluta sunt. Sed de errante ipsum sensisse, & eo, qui in jure erret, hinc potest facile intelligi, quod si legata per errorem facti soluta intelligeret, debuerat dici ipsammet partem quartam, quæ soluta est, ultro repeti posse, neque fuisset necesse ad retentionem aliarum rerum confugere, ubi res ipsa, de qua agitur, recta, & sina ulla circuitione obtineri posset.

CAP.

12) Q. An supra dodrantem legata naturaliter debeantur. Duar. *h. t. C.* 4. deberi simpliciter, & generaliter, quia æquum est defuncto obsequi. Non deberi quoad hypothesin, ita, ut Falcidia non detrahatur. Hic enim ratio honestatis. Unde datur solutorum conditio *d. L.* 9. Dist. Matthææ. 4. *Epit. Legat.* 8. *n.* 2. *& seq.* Non deberi pulchre Ludov. Vital. 2. *Var. Lect.* 22. *n.* 9. qui videndus.

Digitized by Google

CAP. XXVIII.

Quibus legatum fideicommissum relictum intelligatur, ut ab his peti possit: vel quibus legati, fideivecommissi persecutio detur.

Personæ, quibus legatum præstandum vel principales sunt, vel eorum successores. I.

Principales illi ipsi, quibus testator vel aperte legatum dedit, vel quorum interest datum esse, quibus prospectum tacite voluit. II.

Si simpliciter voluit ne alienaretur, nudum præceptum, & nullum. Si addidit, quorum causa cavisset, utile illis fideicommissum datum: veluti ut in familia maneret. Hujus præcepti quænam vis; & quibusnam ex familia, & quatenus fideicommissum præstandum. III.

Qui nam in hac re voluntati testatoris paruisse videantur, qui non paruisse. V. VI.

Familiæ appellatione qui contineantur. IV.

Quis nam fideicommissi petitionem habeat cum testator simpliciter dari jussit illi, aut illi. VII.

Quibus legati petitio acquiri potuit, etiam, his mortuis, dari eorum heredibus; & quatenus. Legatorum in pure, vel in diem certam relictorum quando dies cedat. IX.

Quando conditionalium. X.

Principi legatum, eo ante diem cedentem defuncto, successori debetur. XI.

Quid si legatum Augustæ. XII.

I. Constituto fideicommisso, quod versetur in obligatione ad præstationem, ut aciatur quale, quantumve sit: quæramus deinceps de circumstantiis præstationis, Cui, A quo, Quando, & ubi sit præstandum. Ac primum dicam de personis, inter quas consistit hæc præstatio, ordiens ab eo, cui legatum, aut fideicommissum datum est. In quo & de principalibus personis legatariorum, & de eorum successoribus suæ sunt dubitationes; quibus exemptis, certum fiet, cui legatum sit præstandum.

II. Ac de principalibus personis hoc constet, ei fideicommissum esse præstandum, cui testator datum voluit. Illud dubium interdum, cui datum voluerit. Et, quod non cuivis statim occurrat, sciamus in hoc numero esse, non eos tantum, quibus aperte datum voluit, & quos verbis vocavit ad legatum; sed etiam omnes, quorum interest id datum esse, & quibus testator prospectum voluit, etiam si de his nihil nominatim caverit: & quidem his solis, si horum solum interest. Utputa, jussit testator quosdam ex heredibus æs alienum solvere creditoribus: non creditores habebunt adversus eos actionem, cum his nihil detur; sed coheredes: quorum interest hoc fieri. Item, jussit genero dotem dari. Non gener, sed filia habebit actionem, cujus maxime interest. *L. servo.* 69. §. *si testator. D. de leg.* 1. *L. fideicommissa.* 11. §. *interdum. D. de leg.* 3. Plura exempla suppeditabit *L. si cui legetur.* 49. §. *si Titio. & seqq. D. de leg.* 1. Inde receptum hoc fideicommissi genus, ut cum testator vetuit rem aliquam ab herede alienari, & addidit, ut in familia maneret, tum si quid contra factum sit, detur fideicommissi persecutio familiæ, cui his verbis testator consultum voluit. De quo genere cum per occasionem multa exstent quæsita, & responsa veterum; quia hic cognoscendi locus incidit, paucis eorum sententiam exponam.

III. Ac primum de a) prohibitione hujusmodi alienationis ita jus constitutum est, si testator simpliciter vetuit, ne res alienaretur, nec quorum caussa id faceret, dixit, nullum id præceptum habendum, quasi nudum. *L. filiusfamilias.* 114. §. *Divi.* 2. *D. de leg.* 1. *L. pater.* 38. §. *Julius L. Lucius.* 93. *D. de leg.* 3. Quod si addidit, quorum caussa id faceret, utile præceptum esse, & fideicommissum ea pro-

a) De fideicommisso ex prohibita alienatione mire variant interpretes. Res perplexa est, multis contentionibus agitata. Plene singula exculere res majoris operæ, nec præsentis propositi. vid. Cujac. 15. *Obs.* 1. 2 5. & 6. & *ad Novell.* 159. Govean. 2. *Variar Lect.* 19. 4. Fab. late 14. *Conject.* 6. & 10. *seqq.* & *de Error. Pragmat. Dec.* 53. & 54. Oudav. Cacheran. *Decis.* 50. Simon de Prat. *Lib.* 3. *Interpr. ultim. vel Interpr.* 3. *Dubit.* 1. *sol.* 9. 10. & 11. Matthæc. *Lib.* 1. *Epit. Legal. C.* 21. & *seqq.* M. Anton. Peregrin. *de Fideicomm. Artic.* 14. fusissime Petr. Anton. de Petra *Tr. de Fideicomm. ex prohibita alienatione resultantibus*, qui in præfat. n. 3. & *seq.* scribit; rem versari in magno pelago, propter casuum diversitatem, & incostantem interpretum variationem.

prohibitione contineri, ut quorum caussa id cavisset, his fideicommissum datum intelligeretur. Hujus generis esse, si ita cavit, Volo eum fundum, in familia manere; vel veto alienari, ut in familia maneat. *d. L. filiusfamilias*, 114. §. *Divi. de leg.* 1. Hinc quæsitum de vi hujus præcepti. Et vim hanc esse placuit: ut si heres rem contulit in eos, qui sunt ex familia, voluntati testatoris satisfactum sit. Si non contulit, fideicommissi persecutio detur omnibus, qui sunt ex familia, quo rem alienatam a possessore petant, quasi rogatus sit heres familiæ dare. *L. peto.* 69. §. *ult. de leg.* 2. Sic tamen omnibus, qui sunt ex familia, ut excipiantur, si qui sint ex ea familia, qui partes suas in ea re alienarint. Absurdum enim visum est, eos in re alienata quidquam ex voluntate testatoris petere, qui ipsi voluntati non paruerunt. *L. cum pater.* 77. §. *libertis. D. de leg.* 2. Sed & omnes, qui sunt ex eadem familia, quorum nemo partem suam alienavit, eos accipere debemus qui sunt eodem [2] gradu. Quod si non omnes sint ejusdem gradus, res, inquit Papinianus, ita temperanda est, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus: ea lege, ut non ideo sequentium caussa propter superiores in posterum lædi debeat, si forte superiores & ipsi postea rem extra familiam alienarunt. *d. L. peto.* 69. §. *ult. de leg.* 2.

IV. Familiæ appellatione qui contineantur in hoc fideicommisso, Justinianus definivit in *L. ult. C. de vir. sig.* ad hanc sententiam, ut velit contineri parentes, & liberos, omnesque propinquos defuncti; his deficientibus, generum, & nurum: post etiam libertos.

V. Et quoniam hujus fideicommissi persecutionem damus sub conditione, si qui sint ex familia, qui rem ad alios transferendo voluntati testatoris non paruerunt, & damus his solis ex familia, qui ei voluntati paruerunt: videamus jam hoc quoque, qui voluntati testatoris in hac re non paruerint, ut persecutioni fideicommissi locum faciant; tum qui paruerint, ut ad hanc persecutionem admittantur. Et ita definiemus, eum videri in hac specie satisfecisse voluntati testatoris, qui aut rem non alienavit, aut ita alienavit, ut vel vivus transferret in unum ex familia, vel moriens uni ex familia relinqueret, aut instituendo eum heredem, aut ei rem legando. Nam vel unum ex familia eligere satis est, ut dici possit res in familia mansisse: id quod testator, voluit: Idque ita est, sive qui electus est, sit eodem sive dispari gradu. *L. unum.* 67. *in pr.* & §. 1. *D. de leg.* 2. Contra eum dicemus voluntati non paruisse videri, atque ita implesse fideicommissi conditionem, qui [3] aut fundum alienari prohibitum in extremum transtulit vivus, aut moriens extraneum heredem reliquit, ad quem is fundus perveniret. Sic enim fit, ut fundus de familia exierit, *d. L. peto.* 69. §. *ult. de leg.* 2. Idem est, si [4] instituit quidem aliquem ex familia, sed fundum extero legavit. *d. L. unum.* 67. §. *sed si uno. eod.* Qui si legaverit solum partem, etiam hi qui sunt ex familia, ad ejus partis petitionem admittentur. *eadem L. unum.* §. *si duos.* Quod si heres uni ex familia fundum legaverit, & ejus fidei commiserit, ut eum extero restituat, fideicommissum non valebit, nisi tantum huic legatario aliunde reliquerit, quod fundi pretium efficeret. *eadem L. unum.* §. *sed etsi fundum.* Si reliquit, potest & eum obligare ad fundum præstandum. Si non reliquit, ideo eum non obligat, quia hic fundus non accipitur ab herede, sed a testatore, qui alicui ex familia relinqui voluit. Cui autem nihil dedimus non est, ut eum rogando obligemus. *L.* 6. *in fin. D. de leg.* 3. *L. ab eo. C. de fid.* Confirmaturque idem in hac specie in *d. L. unum in princ. de leg.* 2. His prope verbis: cui ex familia fundus relinqui debuit, si eum eligat heres, frustra ei testamento suo legat id, quod qui electus est, ex alio testamento petere potest, quasi creditori relictum. Et paulo post in §. 1. quid est enim, quod de suo videatur reliquisse, qui quod relinquit, omnimodo reddere debuit?

2) An fideicommissum familiæ relictum excedat quartum gradum. vid. Matthæae. 2. *Epit. Legat* 8. P. Anton. de Petra *d. Tr. Q.* 8. *n.* 40. & *seq.* Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 5. Cujac. 4. *Obs.* 38. & *ad Nov.* 159.

3) Cujac. 15. *Obs.* 5. Fideicommissi petitio est, ait, non tantum si moriatur, fundo extraneo relicto, sed etiam statim atque vivus alienaverit *d. L.* 69. §. 3. Nec prodest si rem redemerit alienans, quia semel exstitit conditio fideicommissi, *L.* 21. *de Fideicomm. lib.*

4) Ubi & ipse heres ad partem admittitur ratione doli exceptionis. *d.* §. 3. Cujac. 15. *Obs.* 1. illam doli exceptionem non exprimi, & opponi necesse esse, sed intelligi eam, quæ inest ex caussa compensationis etiam strictis judiciis, cum ex alia caussa tantum insit bonæ fidei judicio. Male. Non enim in hac specie vera est compensatio, quæ objicitur a debitore creditori, tantundem ex alia caussa debenti. Hic autem debet fideicommissum ipse heres sibi, & ex eadem caussa; proinde aditione confusa est obligatio, quod & Cujacius fatetur, non animadvertens, se quasi pugnantia sic dicere. Quia autem æquum est, cum partem suam non amittere, nec lucrum aliquod accrescere aliis ejusdem familiæ: inde quod sua familiæ aliquis heres, quod non obtingeret, si esset extraneus, ea res inducit tacitam peotationem, & ad similitudinem illius, quia partem ipso jure salvam habere nequit, habet doli exceptionem.

buit? Sed quo casu fideicommissum valet, legatario, qui ex familia erat, ita rogato, ut supra diximus, cæteri, qui sunt ex familia petere possunt ex primo testamento fideicommissum. Verum alias statim, alias non nisi post mortem hujus legatarii. Statim; si heres rogatus est relinquere fundum, cui vellet ex familia. Uni enim relinquendo, & fidei ejus committendo, ut eum extero restituat, facit contra voluntatem testatoris, oblique fundum extra familiam alienando. Post mortem autem legatarii, qui electus est, si ab herede ita petitum sit, ne fundus de familia exeat; qui etiam si legatarius statim fundum restituat, tamen quamdiu vivit eo fundo frui videtur, cujus pretium sibi legatum habet. Is enim videtur rem habere, qui pretio fruitur, *L. quia.* 39. *D. de usufructu.* Hæc est, ut puto, sententia *d. L. unum.* §. *sed etsi fundum. de leg.* 2. quo responso nescio, an ullum facile reperiatur scriptum obscurius, a cujus verbis quam aliena omnia scribant interpretes, ipsorum scripta declarant.

VI. Ex hac alienatione, quæ fit extra familiam, cum dicimus, reliquis, qui sunt in familiam, fideicommissi petitionem dari, alienationem intelligere debemus non voluntariam tantum, se etiam necessariam; ut si unius ex familia, qui solvendo non erat, bona [5] distracta sunt, in quibus fuerit fundus vetitus alienari. Hoc tamen inter utrumque interest, quod ex voluntaria alienatione, statim petitio acquiritur cæteris, qui sunt ex familia; ex necessaria illa, qua bona heredis distracta ponimus, non acquiritur prius, quam heres decesserit. *L. peto.* 69. §. *prædium. de leg.* 2. Hoc ideo, quia quamdiu heres vivit, pretio rerum distractarum fruitur, sive id habet, sive in rem, & liberationem ejus creditoribus solutum est. Jam autem dixi, eum rem habere videri, qui pretio fruitur. *d. L. quia.* 39. *de usufruct.*

VII. Sunt ergo hi, quibus fideicommissum datum esse dicimus; idque inde intelligi, quod his testator prospectum esse voluit, etsi heres nominatim his dare jussus non est. Sed quibus prospectum, & datum esse testator voluerit, prius constare debet, quod unde intelligatur in superioribus caussis, diximus. At interdum ipsa oratio testatoris rem hic dubiam facit, ut nescias, cui ille datum voluerit. Id accidit cum legat aliquid pluribus non conjunctim, sed disjunctim: puta illis, aut illis vel simpliciter, vel hoc addito, ut diceret, cui, aut quibus heres volet: ut Titio aut Sejo, [6] utri heres volet: restituat libertis meis, quibus volet. Quid enim, si heres non eligat, cui det? Utrum uni ex duobus petitionem dabimus, an utrique, an neutri? Uni tantum dare non possumus, quia si hunc ex electione heredis æstimamus, is nullus est, cum heres neutrum eligat. Si non æstimamus, is magis incertus est. Et vero cur uni potius demus, quam alteri; cum testator pariter ubique dederit sub disjunctione, ut extra heredis electionem neutrum alteri prætulerit? Rursum utrique dari voluntas testatoris pati non videtur. Aperte enim uni tantum dari voluit, illi scilicet, aut illi, utri heres vellet. Ita restare videtur, ut, quia incertum est, cui detur, neutri dari debeat. Ut accidit, cum Titius tutor datus est, duo sunt autem Titii, nec apparet, de quo testator senserit. In qua specie respondit Paulus, eum datum esse, de quo testator senserit. Si id non apparet, non jus deficere, sed probationem. Igitur neutrum tutorem fore. *L. duo D. de test. tut.* Sed hæc dissimilia sunt. Nam qui Titium tutorem dedit, is unum dedit, non duos. Proinde duo dari non possunt

5) Quid inter hæc fideicommissum *Uni ex familia cui voles relinquas*, &: *Peto, ne fundus de familia exeat*, interait Cujac. 15. *Obs.* 2. qui sic: Communia hæc. (1) Heredis electio, eaque ad mortem usque variabilis. (2) Ei, quem elegit, frustra eum fundum legat, ejusve fidei committit, nisi ampliore legata pretio fundi ei reliquerit. (3) Possunt & plures eligi. (4) Nemine electo, omnibus ejus familiæ est petitio. Differentiæ hæ: Priori casu quicunque electus sit, (sive voluntate, in qua heres eligens preseveravit, sive legato, quod hic non censetur proprio legati jure *d. L.* 67. §. 1. *in fi.* sive institutione, & fundo, alii non relicto) alienare, dare, relinquere extraneo potest. Immo gravatus potest ab electo fundum per fideicommissum extero relinquere, si ei aliud reliquit, quod fundi pretium efficiat. *d. L.* 67. §. 5. Neque ob hujusmodi fideicommissum heredis contrabitur. Posteriore casu electus non debet in extraneum transferre. Immo de ea re cavere debet heredi heredis. Alias heredis heres, si præstiterit fundum electo, qui non cavit ei de indemnitate, si is in extraneum contulerit, onerabitur: Et post mortem electi, cui fundum præstitit, cæteris ejus familiæ tenebitur ex causa fideicommissi, primo testamento relicti, ac ita duplici præstatione onerabitur. Sed si prior heres fundum ab electo per fideicommissum extraneo reliquerit, (quando scilicet potest, amplioribus datis legatis) heredis heres onerabitur omnino, si electus, cui, ut debuit, præstitit, extraneo ex fideicommissi causa restituerit. Cautionem enim exigere non potuit contra voluntatem sui testatoris, qui idem & prior heres. Et hæc sententia *d. L.* 67. §. 5. *& seq.* Ad hunc modum Cujacius. Convenit fere Govean. 2. *Var. Lect.* 29. vid. & A. Fab. 14. *Conject.* 10.

6) Cujac. 15. *Obs.* 5. sic distinguit. Aut alienatio necessaria facta propter creditores testatoris, & fideicommissum extinguitur, quia de hujusmodi alienationis causa non videtur sensisse testator *L.* 114. §. 14 *de leg.* 1. *L.* 78. §. *ult. de leg.* 2. *L.* 9. *de Fideicomm. libert.* Aut propter creditores heredis, & fideicommissi petitio est post mortem, ac tandiu manet fundus apud emptorem, quamdiu maneret non alienatus apud heredem *d. L.* 69. §. 1. An bona Fideicommisso subjecta ex caussa dotis alienari possint, vid. A. Fab. xu. de *Err. Pragm.* 2. Ant. de Padilla *ad auth. res quæ C. com. de leg. n.* 42. *& seqq.* Denique quando prohibitus contra prohibitionem venisse videatur late P. Anton. de Patra *de Fideicomm. Q.* 8.,

sunt contra testatoris voluntatem. Unus dari posset, & deberet, si esset certum, de quo testator senserit. Nunc, cum sit incertum, ideo neuter dabitur, ne forte is detur, quem testator noluit: At cum testator legavit Titio, aut Sejo, utrique datum voluit sub conditione, si alteri non daretur. Hæc conditio tunc exsistit, cum heres, cum posset dare, neutri dedit. Sequitur igitur, ut conditione hoc modo in utriusque persona existente, uterque ad legati petitionem admittatur. Quod & placet. *L. si quis Titio* 17. *D. de leg.* 2.

VIII. Quod si in hac specie recipimus, cum testator simpliciter dari jussit illi, aut illi, ut modo fecimus: consentaneum fuit, ut reciperetur & in illa, cum testator jussit, heredem, illi, aut illi dari, & addidit, utri vellet; aut dare filiis, vel libertis, quibus vellet. Quod & probatum est ad hanc sententiam, ut heres, cui vellet dando liberetur. Si neutri det, uterque perinde petere possit, atque si ipsi soli legatum foret, quasi duobus pluribusve credendi reis hoc modo testamento constitutis. *L. si Titio.* 16. *L. cum quidam.* 24. *L. unum.* 67. §. *rogo. D. de leg.* 2. Hoc ideo, quia etsi hæc adjectio, cui heres volet, habet hanc conditionem inclusam, si volet, ut non videatur deberi cuiquam legatum, nisi heres ei datum voluerit: tamen ideo hic non metuitur ista conditio, quia pro non adjecta habetur. Ut enim non adjiceretur, inest tamen. Ac quæ ita tacite insunt conditiones, adjectæ non reddunt institutiones, aut legata conditionalia. *L. Cornelius.* 69. *D. de her. instit. L. conditiones.* 99. *D. de cond. & dem.* Idque est quod in *d. L. cum quidam.* 24. *de leg.* 2. dicitur. Si heres in proposito neminem eligat, cui det, præsenti die datum videri, ut exinde omnes ad legati petitionem jure admittantur. Et notandum, ita fideicommissum his relinqui, ut, nisi heres, cui velit, offerat, & statim offerat, cum potest, sine aliquo intervallo, statim omnibus competat petitio. *d. L. cum quidam.* Quasi hæc conditio, *si offerat*, sic accipienda sit, si cum primum potest, offerat: ut & illa, si in Capitolium ascenderit, sic dicitur recipienda, si cum primum poterit, Capitolium ascenderit. *L. hæc conditio.* 29. *D. de cond. & dem.* Hæc ita, nisi jussus sit heres, cum morietur, restituere ex libertis, cui volet. Hic enim verba ostendunt, electionem heredis in mortis ejus tempus differri: ut proinde petere omnes non possint, nisi defuncto herede prius, quam eligat. *L. unum.* 67. §. *rogo. de leg.* 2.

IX. Atque hæc de principalibus personis dicta sunt, in quas ab initio legati petitio confertur. Sciendum est autem, quibus hæc petitio acquiri potuit, etiam, his mortuis, dari eorum heredibus, si in ea caussa fuerit legatum, ut jure transmitti posset ad heredem. Quod tunc fit, cum legatarius decessit post diem legati cedentem. Qui si ante decesserit, legatum extinguitur. *L.* 5. *D. quand. di leg. ced.* Inde quæsitum hoc loco, quando dies legati 7 cedat. De quo summa hæc juris constitutio est legatorum, & fideicommissorum pure, vel in diem certam relictorum diem statim a morte testatoris cedere. *d. L.* 5. *quan. di. leg. ced. L. unica.* §. 1. *cum igitur. C. de cad. tol.* præter quam si quid legatarii personæ cohæreat, ut usufructus, usus, habitatio. Quarum rerum dies non cedit ante aditam hereditatem. *L. habitatio.* 9. *L.* 2. *D. quan. di. leg. ced.* Denique nunquam istarum rerum dies ita cedit, ut ad heredem quandoque transeat, cum mortuo eo, cui relicta sunt, una cum persona extinguantur. *L.* 3. §. *ult. D. quem. ususfr. amit.* Ut proinde ad hanc transmissionem frustra quis quæsierit, quando eorum dies cedat. *L.* 2. *quan. di. leg. ced.*

X. Quæ vero sub conditione, aut in diem incertam (quæ in testamento conditionem facit. *L. dies.* 75. *D. de cond. & dem.*) relicta sunt, eorum dies non prius cedit, quam conditio exstiterit, aut dies venerit. *d. L.* 5. *quand. di leg. ced.* Quod variis exemplis declaratur sub eo titulo, quando dies legati cedat. Hinc illæ quæstiones, ubi sit conditio; An omnia legata pro conditionalibus habenda, qui-

7) Hotam. 4. *Obs.* 9. & *ad* §. *si peculium* 20. *ipsi* 17. *I. de Legat.* enunc. 3. Diem dupliciter cedere. (1) Ad transmissionem, quo pertinet *tit. D. Quan di leg.* & de ea noster hic agit. Hic olim cedebat a morte; ex L. Julia caducaria ab apertis tabulis: jure novissimo rursus a morte *d. L. un.* §. 1. in puris scilicet & in diem certum. In conditionalibus non ante conditionis eventum *d. L.* 5. §. 2. *L. un.* §. *sin. a* 7. *C. de Cad. toll.* (2) Ad obligationem; adita demum hereditate. Prius enim non est a quo peti possit, vid. *L.* 7. & *L.* 13. *Quan. di. leg.* nec qui debeat. Hereditas jacens æs alienum debet, non legata. Aditione vero quasi contrahitur. Quod autem Bartolus & sequaces ad *L. un. C. de Cad. toll.* alias cessionem addunt ad translationem dominii, & ad petitionem, non placet Hotomanno quia, inquit, dominium certum est non cedere ante aditionem, licet, propter retrotractionis fictionem, censeatur intelligatur a die mortis *L.* 80. *de leg.* 2. & si sub conditione, vel diem, expectanda est. De die vero petitionis inspectio sub secundo genere continetur. Quod postremum vereor ut recte. Nam si in diem certam legatum, adita hereditate dies statim cedit quoad obligationem, non quoad petitionem *L.* 213. *de V. S.* De cessione, & transmissione legati vid. Peregrin. *de Fideicomm. Art.* 32. & de cessione Zoan. *de Dupl. Venal* n. 2.

quibus aut jure, aut verbis testatoris conditio inest; tum Conditio, quæ vere inerit, quando exstitisse videatur. In quibus explicandis, & ad eam transmissionem, quam quærimus accommodandis, totus fere ille titulus versatur. Sed cum sit hæc tractatio propria ejus loci, in quo de conditionibus in universum agitur, qui locus paulo post secuturus est, in eum potius, ut suum, omnis hæc tractatio rejicienda est, unde, si videtur, ad hanc partem melius, & certius postea revocari potest. Quid sit diem legati, aut obligationis cedere, quid diem venisse, declaratur in *L. cedere. D. de verb. sig.* & in obligationibus dicetur opportunius postea.

XI. Illud in hoc genere transmissionis diligenter monendi sumus, si quid principi legatum sit, placere, ut, quanvis princeps ante diem legati cedentem decesserit, puta aut vivo testatore, aut pendente legati conditione, successori tamen ejus legatum debeatur. *L. quod principi.* 56. *D. de lega.* 2. In quo prima fronte a superiore jure recessum videri potest, & jure singulari in principe constitutum. Sed & hic superius jus sequimur; nec quidquam in eo constituitur, quod in simili re non servetur etiam inter privatos. Constitutio tantum explicatione indiget. Quod principi sub appellatione *principis* relinquitur, id imperio ipsi, cui princeps præest, & cujus veluti personam gerit, relictum [8] intelligitur. Id autem, quanvis principe mortuo, non moritur, sed perseverans principis veluti personam sustinet, donec alius in prioris locum succedat. Non mirum igitur, si quasi eodem principe, vel potius principatu durante, legatum ei debeatur, & per principatum ei successori, qui eumdem locum tenebit. Nihil hic, inquam, proprium principis. Nam & alii quam principi, si quid sub titulo dignitatis, aut certæ administrationis ordinariæ relinquatur, loco ipsi, & dignitati relictum videtur: ut, priore, cui legatum erat, mortuo, legatum successori debeatur, qui eamdem personam gerat. Cujus rei luculentum testimonium habemus in ea specie, de qua respondit Scævola in *L. annua.* 20. §. 1. *D. de ann. leg.* Fideicommissum ita relictum erat, ut heres sacerdoti, & nomophilaci, & libertis, qui in illo templo sunt, denaria decem daret die nundinarum. Respondet Scævola, legatum deberi non iis solum, qui eo tempore, quo legabatur, in rebus humanis, & in eo officio fuissent, sed etiam iis, qui in locum eorum successerint; idque non ad tempus, sed perpetuo. Quippe ministerium nominatorum designatum: cæterum datum templo.

XII. Hinc quæsitum, an idem probandum sit, si quid legatum sit Augustæ. Movet, quod traditur in *L. princeps. D. de legi.* Augustam quidem legibus solutam non esse; principes tamen eadem illi privilegia tribuere, quæ ipsi habent. Sed placuit, in hac specie non idem in Augusta jus esse, quod in principe. Denique si quid Augustæ legatum sit, & ea prius decedat, quam legati dies cesserit, puta vivo adhuc testatore, deficere, quod ei relictum est. *L. si Augustæ.* 57. *D. de leg.* 2. Optima sane ratione: sive quod Augustæ legatum non legatur imperio, cujus ipsa administrationem non habet: sive quod ipsa mortua non habet eam, quæ in ejus locum succedat, ut ei tanquam Augustæ successori legatum debeatur. Mortua enim Augusta, non continuo eligitur alia in demortuæ locum, cum fieri possit, ut princeps aliam uxorem non ducat. Et si ducit, non tamen sequens in prioris Augustæ locum succedere dicenda est. Quæ tanquam uxor nova judicio privato principis, non ullo successionis jure adsciscitur. Non obstat, quod principes dicuntur eadem privilegia tribuere Augustæ, quæ ipsi habent. *d. L. princeps. de legi.* Nam primum hic nullum est privilegium principum, si quod ipsis legatur; placet, successori ejus tribui, ut ostendi. Et ut esset, tamen id solum recte dicitur privilegium tribui Augustæ, quod viventi ei tribuitur, non mortuæ. Quoniam mortue esse desiit. Adde, quod nec mortuæ tribui potest in ejus successore; quoniam ejus honoris, & dignitatis, quæ in Augusta fuit, ipsa successorem non habet.

CAP.

8) Ita & Got. *in not. d. L.* 56. Decian. *Lib.* 7. *Tr. crimin. C.* 5. *n.* 1. Fopp. ab Æxema *a. Dissert.* 21. id in principe speciale, quia Antonini temporibus legatum fiebat caducum, ante diei cessionem moriente legatario. Quare non magni interfuit, dicit, successori applicetur, an fisco. Quæ ratio in Augusta cessabat. Male: LL. enim ex persona Justiniani accipiendæ, qui omnia sua fecit. Dicit vir doctus hodie rationem juris hujus quidem cessare, dispositionem non æque. Quod verum non puto.

CAP. XXIX.

A quo legatum vel fideicommissum sit præstandum: seu quis fideicommisso obligetur.

Non semper certum a quo fideicommissum sit præstandum. I.
Quidquid testamento, aut codicillis relictum, si nominatim ab alio non sit, onus heredis. II.
Si plures heredes, omnium onus, nisi nominatim unum oneravit testator, sciens, & alios esse. Quid si ignoravit. III.
Iidem pro portionibus hereditariis tenentur; nisi nominatim, vel alia demonstratione, quæ vice nominis, enumerati, tunc enim tenentur pro portionibus virilibus. IV.
Pro his, qui solvendo non sunt, cæteri non tenentur. V.
Legata ad onus heredum pertinere, si hi nec repudiaverint, neque abstinuerint. Si defecta portio ex judicio testatoris ad alium pervenit, eodem is onere tenetur. Sin aliter, quam judicio testatoris, non tenetur, nisi nominatim ab eo relictum. VI.
Ab instituto relicta, a substituto repetita videntur. VII.
Hoc ita, nisi aut verba, aut voluntas testatoris refragetur. VIII.
Verba refragari intelliguntur si legata in persona instituti non constiterint. IX.
Voluntas vero ex tribus conjecturis. Et quæ sint. X.
Singulæ quam rationem habeant. XI. XII. XIII.
Male quosdam putare nominatim relictum ab instituto; non deberi a substituto. XIV.
Quod juris in substituto, idem & in coherede. XV.
Item in filiofamilias, ac servo heredibus institutis si a patre, dominove fideicommissum relictum, iisve hereditas non quæsita. XVI.
Si, irrito testamento, ad legitimos redeat hereditas, legata eo relicta intercidunt. Idem si intestatus ea reliquit a proximo legitimo, &, eo repudiante, remotior fiat heres XVII.
Nisi & hi rogati sint nominatim, aut generaliter. XVIII.
Si heredi, a quo quid relictum est, hereditas tanquam indigno aufertur, & fisco vindicatur, adversus fiscum legati persecutio competit. XIX.
Uti & adversus legitimos, si ab iis heredi scripto ex causa præteritionis, aut exheredationis hereditas evicta. XX.

I. Ut non semper prima facie certum, cui legati petitio detur, ita ne illud quidem semper, a [1] quo fideicommissum, quod alioqui recte relictum esse constet, sit præstandum, seu quis fideicommisso obligetur. Quamobrem & in hac quoque parte præcepta traduntur, quæ testatoris voluntatem in hac re, & jus de ea receptum explicent, & confirment. Et sciamus, de eo hic non dubitari, si quid ab aliquo nominatim relictum sit. Nam si relictum est ab eo, a quo jure relinqui potuit, is citra controversiam id præstabit. Si a quo relinqui non potuit, relictum in ejus persona nullius momenti esse constat.

II. Quid autem hic liceat, exposuimus supra in ea parte, in qua a quibus legatum, fideive commissum relinqui possit, quæritur, hujus libri Cap. VII. De eo nunc quæritur, quod alicui recte relictum esse constat, si non exprimatur, quis præstet, aut exprimatur quidem, sed is, si heres est, hereditatem repudiet, si legatarius, repudiet legatum; ideone inutile sit legatum ab his relictum: an vero sit aliquis, qui jure, & voluntate testatoris tacita id præstare debeat, & quos jus huic rei faciat obnoxios. Et placet, quidquid testamento, aut codicillis relictum est, si nominatim ab aliquo alio relictum non sit, heredis onus esse. *L. ult. C. de her. act.* Atque hinc est, quod definitur legatum, donatio a testatore relicta ab herede præstanda. §. 1. *Inst. de leg.* Item delibatio hereditatis de eo, quod totum heredis foret

1) De personis præstantibus legata, vel fideicommissa vid. & M. Anton. Peregrin. *de Fideicommiss. Art.* 12. Chiflet. *Lib.* 4. *de jure Fideicommiss. C.* 1. Gomez. 1. *Var. Resolut.* 12. *n.* 17. An usufructuarius omnium bonorum? Joan. de Castillo *de Usufr. C.* 59.

foret. *L. legatum*. 116. *de leg*. 1. Neque enim de hereditate quidquam præstatur, nisi ab herede, cujus est hæreditas. Id adeo verum est, ut, quamvis rogatus sit quid restituera non heres, sed alius, qui rogari non poterat, sive quod ei relictum nihil esset, sive quod relictum esset inutiliter, non ideo tamen relictum sit inutile; sad tanquam persona nominatim non adscripta, a qua legatum præstetur, ipsa heres obligetur fideicommisso. *L. si servus*. 108. §. *qui margarita*. *D. de leg*. 1. Idem placuit, si simpliciter testator quædam legavit, & adjecit, sa velle ea præstari de pecunia a Titio debita: ut hic scilicet in legato simpliciter relicto semper heres designatus intelligatur, qui id præstaret, demonstratum autem, unde pecunia sumeretur. *L. Paula*. 27. §. *ult*. *D. de leg*. 3.

III. Et hæc in uno herade expeditam rationem habant. Quid, si pluras heredes erunt? quæremus primum, an omnes teneantur; tum si tenentur, quatenus. Et, si recte dicitur legata heredis onus esse, consequens est, si plures sint heredes, hoc onus ad omnes pertinere; quoniam verum est, singulos pariter esse haredes. *L. legatorum* 33. *D. de leg*. 2. Ita tamen, [a] nisi testator nominatim unum aliquem ex heredibus præstare voluerit. Is enim debebit, quem voluit. *L. si plures*. 98. *D. de lega*. 3. Et hoc, dum scit plures sibi esse heredes, & nihilominus unum onerat. *L. post emancipationem*. 40. *in princip*. *D. de lega*. 3. Cæterum si ideo unum onerat, quia putat, eum solum sibi legitimum heredem futurum, exsistente etiam alio ejusdem gradus cognato, ad quem hereditas pro parte redeat: placet, in hoc errore testatoris subveniendum heredi onerato, ut pro parte dimidia & is relevetur, quasi testator non latius eum oneraturus esset, si solum eum heredem non futurum scisset. *L. cum pater*. 77. §. *cum existimaret*. *D. de leg*. 2.

IV. Heredibus autem in communa oneratis, si quæritur, quatanus singuli teneantur, hæc distinctio erit, ut si simpliciter quid legatum sit, aut legatum ab heredibus sub appellatione heredum, puta heredes mei Titio danto, vel quisquis mihi heres erit, dato: tum teneantur singuli pro portionibus hereditariis, nempe quatenus sunt heredes. *L*. 2. *C. de hered. act. d. L. legatorum*. 33. *de leg*. 2. 3. Sin heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, de eo ita scriptum est in *L. si heredes*. 124. *D. de leg*. 1. propius esse, ut viriles, id est æquas, partes debeant. Quia personarum enumeratio hunc effectum habeat, ut exæquentur in legato præstando, qui si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. Exstat eadem distinctio paucis comprehensa in *L. turpia*. 54. §. *ult. de leg*. 1. Nominatim legatum accipiendum est, non tantum si nomen pronuntiatum sit: sed etiam si qua alia demonstratione intelligatur, a quo legatum sit. *L. nominatim*. 90. *D. de leg*. 3. Enimvero quid mutat personarum enumeratio, ut eum effectum habeat, quem diximus? Facit nimirum, ut, cum personæ numeratæ sunt, pro numero quoque personarum teneri debeant; unde & partes inter eos viriles. Cum autem tanquam heredes designati sunt, non potest, quin ita teneantur, ut herades. Tenentur autem haredes non ex æquis partibus, sed pro his, ex quibus sunt heredes, quas uno verbo hereditarias appellamus.

V. Illud in his partibus tenendum erit, quascumque placet heredibus singulis attribui, sive hereditarias, sive viriles, eas ita singulorum proprias effici, ut pro his, qui solvendo non sunt, cæteri coheredes non onerentur. *d. L. legatorum*. 33. *de leg*. 2.

VI. Sed quod dicimus, legata ad onus heredum pertinere, a quibus vel indefinite, vel specialiter ralicta sunt: nemo ignorat ita dici, si modo hi, a quibus relicta

a) Potest etiam qui a pluribus heredibus legavit jubere, ut heredum unus legata præcipiet, & legatoriis præstet *L*. 107. *de leg*. 1. Et ita dispensatorem legatorum, seu executorem testamenti, heredem unum constituere. Cujac. 2. *ad Afric. ad d. L*. 107. Præcipit vero ea legata heres dispensator, officio judicis, Familiæ erciscundæ judicio. Quid si dispensator legatorum extraneus, an habet petitionem legatorum? Cujacius distinguit inter dispensatorem alimentorum, & aliorum legatorum *L*. 8. & *seq. de alim. leg*. De executoribus testamentorum pluribus P. Greg. 42. *Synt. ult*. Alv. Velasc. *Consult*. 68. Tiraq. *Tr. Le mort saisit le vif*, P. 7. *Decl*. 5. Ant. de Padilla *ad L*. 1. *de leg*. 2. n. 23. & *seq*. late Simon de Praet. *Lib*. 5. *de Interpr. ult. volunt. Interpr*. 1. *Dub*. 2. & 3. A Fab. 66. *de Error. Pragmat*. 6. & 4. *seqq*.

b) Hæc communis, & fere omnium distinctio quam examinat, ac ab ea recedit Alberic. Gentil. 4. & *Lect*. 9. & 2. *seqq*. Movetur præter alia *L*. 17. *de duob. reis*. Sed Gregor. Lopez *Animadv*. C. 29. verba *d. L*. 17. *excepto aliquo* refert ad omnia præcedentia, & ita difficultatem evitari putat, quia, excipiendo aliquem, ostendet testator, se non personas heredum respexisse. Alias vero non possent convenire casus *d. L*. 17. neque aliquid similitudinis haberent. Neque resistunt verba extrema. Ea enim mea sententia duplicem sensum recipiunt. Poteris sic interpretari, *cum omnes heredes nominantur*, id est cum omnes instituti appellantur nominibus. Poteris & sic, *cum omnes*, quos scilicet testator instituit, *nominentur heredes*: id est non propriis nominibus, sed communi, seu appellativo, & sic tanquam heredes onerantur. Posterior hæc interpretatio, quæ facit, ut contrarietas evitetur, arripienda *L*. 19. *de LL*. Nec me terret judicium Ægid. Hortensii *ad d. L*. 17. *de duob. reis*, scribentis, imperitos esse, qui ICt. adversa fronte pugnantes conciliare tentant.

Digitized by Google

licta sunt, vere heredes exstiterint, dum extranei hereditatem adeunt, aut sui ipso jure heredes exsistunt. Quod si aut illi repudient hereditatem; aut hi hereditate se abstineant; constat, ambos id consequi, ut, quemadmodum heredes non sunt, sic nec teneantur oneribus hereditariis. *L. necessariis.* 57. *L. pro herede.* 20. §. *Papinianus. D. de acq. her.* & maxime ne debeant legata a se relicta, *L. si alienus.* 62. *D. de lega.* 2. Neque nunc necesse esset id monere, nisi ex eo incideret alia quæstio; quæ huc pertinens etiam hoc loco tractanda est. Quæritur enim, herede a quo quid relictum est, hereditatem repudiante, utrum legatum intercidat; an vero ita perseveret, ut legato obligentur sequentes heredes, ad quos eadem hereditas pervenit; puta substitutos, aut heredes legitimos, suo quemque ordine. De qua sic breviter habendum est: si ad sequentem heredem judicio testatoris ea hereditas pertineat, eodem onere eum, eademque petitione teneri. Sin aliter, quam judicio testatoris, non teneri; nisi nominatim ab eo relictum fuerit.

VII. Judicio testatoris vocatur ad eamdem hereditatem substitutus. Inde constitutum, & pro regula traditum, [4] legata ab instituto relicta, voluntate testatoris a substituto repetita videri. *L. licet.* 74. *D. de lega.* 1. *L. non justum. C. ad Treb.* Voluntatis conjectura ex bis rebus. Quod enim a testatore legatum est, declarat voluisse eum id legatario præstari. Nulla autem caussa est, cur testator ab instituto id præstari velit, nolit autem præstari a substituto. Neque enim magis dilexit substitutum, quam institutum, sed minus. Indicio est, quod institutum in hereditate substituto prætulit. Huc accedit, quod substitutus judicio testatoris eamdem hereditatem consequitur. Consentaneum igitur, ut substitutus, qui in cæteris judicium testatoris agnovit, etiam in hac re agnoscere debeat. Non adversatur superiori regulæ, quod traditur in *L. sub conditione*, 73. *D. de hered. instit.* sub conditione herede instituto, si substituamus, nisi eamdem conditionem repetemus, pure eum heredem substitutum intelligi, eoque nec conditionem repetitam videri. Alia enim voluntas est testatoris in legato, quod ab instituto relictum est; alia in conditione institutioni injecta. In legato quod ab instituto relinquitur, non ea mens est testatoris, ut institutum solum oneret ea præstatione de nullo alio cogitans, cui consultum velit: sed magis ut cogitans de legatario velit legatum omnino ad eum pervenire. Sic autem perveniet, si quod ab instituto legatum est, repetatur etiam a substituto. Quare, & hoc velle testator intelligitur. Neque enim persona substituti minuit effectum, quo testator erga legatarium ad legatum ei relinquendum ductus est. In conditione autem institutioni adjecta, aut solum institutum onerare voluit testator ea conditione, nulli alii consultum volens; aut si cui consultum voluit, voluit substituto, quo magis hereditas conditione deficiente ad eum veniret. Non convenit igitur conditione alium onerari, quam testator voluit; multo etiam minus conditione nocere ei, cui testator ea conditione prodesse voluit.

VIII. Sed regula superior cautione indiget. Non enim semper legata ab instituto relicta placet, a substituto tanquam repetita deberi, refragantibus interdum verbis regulæ, si recta accipiantur, alias etiam voluntate testatoris: adversus quam neque hic, neque alibi usquam quidquam admittendum est.

IX. Et verba quidem regulæ sic accepta sunt, ut intelligantur legata recte dici relicta ab instituto ea, quæ in persona ejus ab initio constiterunt. Quod si non constiterint, placet, nec a substituto repetita videri, quæ nulla data fuerunt. Hocque illud est, quod Scævola respondit in *L. quidam. D. de jur. cod.* quod legatum ab eo instituto datum est, qui in vivis non erat, a substituto ejus non deberi, quia nullius momenti legatum fuerit.

X. De voluntate autem ita traditum, superiori constitutioni in obscura voluntate locum esse. Quod si evidens fuerit diversa voluntas, constitutionem cessare. Hoc Ulpianus in *d. L. licet.* 74. *de leg.* 1. & simul addit, quibus ex rebus hæc voluntas colligatur. Colligi autem ex his rebus tribus: Una, si testator eidem fideicommissario vel legatario aliam rem reliquerit a substituto, quam ab instituto non reliquerat. Altera, si fideicommissarium ipsum, cui ab instituto reliquerat fideicommissum, substituerit ex parte. Tertia, si certa caussa fuerit, cur ab instituto relinqueret, quæ in substituto cessarit.

XI.

4) Non tantum legata, sed & libertates *L.* 77. *de leg.* 3. *L.* 80. *de V. S.* Olim tamen secus erat, teste Cic. in *Top. si paterfam.* inquit, *uxori ancillarum usumfructum legavit a filio, neque a secundo herede legavit, mortuo filio, mulier usumfructum amittet.* Forn. *ad d. L.* 80. God. *ibid. n.* 3. & 4. De regula hac vid. Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. resol.* §. 11. *n.* 28. & *seq.* & Gomez. 2. *Var. Resol.* 12. *n.* 36. ac Fachin. 5. *Contr.* 39.

XI. Prima conjectura hanc rationem habet, quod testator, cum aliam rem reliquit a substituto, videtur onere partitus esse inter institutum, & substitutum, quæ vellet proprie inter eos servari, ne quod uni attributum esset, ad alterum pertineret.

XII. Secundam conjecturam hac ratione defendas, quod cum testator fideicommissarium in partem substitutionis admisit, videtur tantum detraxisse alteri substituto, quo huic fideicommissario satisfieret de eo, quod ab altero substituto repetitum videri posset.

XIII. Tertia conjectura manifestam rationem habet. Dicere enim solemus, caussa cessante ei rei, quæ ob caussam inducta est, locum non esse. *L. quod. dictum. D. de pac. L. de eo. & L. sequen. D. de judic.* Finge, testatorem jussisse, heredem institutum dare centum Titio, quæ ipsi debebat. Herede deficiente, substitutus ejus, qui testatori nihil debuit, fideicommisso non tenebitur; quia in eo non eadem dandi caussa est.

XIV. Quidam putant, si ab instituto legatum relictum sit nominatim, non debere videri id repetitum a substituto; denique substitutum eo legato non teneri: quia scilicet scriptum sit in *L. si plures.* 98. *D. de lega.* 3. si testator velit non omnes heredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his: debere nominatim damnare. Quo satis significatur, si quosdam ex bis nominatim damnaverit, cæteros legatorum præstatione non onerari. Sed hoc de pluribus [5] institutis, qui eodem gradu sint, dictum est. Ad institutum, & substitutum non pertinet. Cum enim testator ex pluribus institutis, a quibusdam nominatim quid legat, non potest alio consilio id fecisse videri, quam ut cæteros legato eximeret, qui ex persona tantum sua teneri potuerunt, non ex persona eorum, qui nominatim dare jussi sunt. At cum agitur de instituto, & substituto, si quid ab instituto leget testator, tantum abest, ut videri debeat id fecisse substituti eximendi caussa, ut potius existimandus sit fecisse illius pariter onerandi; quoniam substitutus tenetur ex instituti persona, utpote in locum ejus substitutus.

XV. Substituto similis est coheres, cui deficientis coheredis portio accrevit. Nam & hic in eam portionem jure substituitur. *L. 5. D. de vulg.* & testator hoc jus sequitur, quia scit se cogi id ita sequi. Idque ita jam olim hoc ipso argumento receptum legimus in *L. si Titio.* 61. §. 1. *D. de leg.* 2. Idem apertius, & generalius definitum postea a Justiniano in *L. unica. §. his ita. C. de cad. toll.* Negari tamen videtur a Celso in *L. pater.* 29. §. *ult. D. de leg.* 2. Sed ne dubitemus affirmare, negari id a Celso, negavit aperte & Julianus, ut refertur in *d. L. si Titio.* 61. §. 1. Verum hæc sententia vetus est, quæ post rescriptum Severi de legatis a substituto repetitis, etiam posterioribus Jurisconsultis displicuit, ut Ulpiano in *d. L. si Titio.* §. 1. *de leg.* 2. Paulo in *L. civitatibus.* 122. §. 1. *de leg.* 1. Marcello in *L. cum patronus.* 28. *de leg.* 2. Quibus si quis opponet priorum illorum sententias Celsi, & Juliani, sane fatebimur esse contrarias, quales esse palam profitetur Ulpianus in *d. L. si Titio.* Sed ne nos moreantur, intelligemus, [6] abrogatas esse superiore constitutione Justiniani, quæ in universum jussit, deficientem portionem cum suo onere coheredi accrescere. *d. L. unica. §. his ita. C. de cad. tol.*

XVI. Ne huic quidem substituto dissimilis est filiusfamilias, aut servus heres institutus, si a patre, vel domino fideicommissum relictum sit, & patri, vel domino non quæratur hereditas. Tum enim jus facit, ut si per filium, aut servum hereditas quæratur, hæc primo loco ad patrem, dominumve pertineat. *L. placet. D. de acq. her.* Summoto autem patre, dominove, quia vel filius interim sit emancipatus, vel servus manumissus, redit hereditas ad filium, & servum secundo loco. Unde evenit, ut ab emancipato quoque filio, vel servo manumisso tanquam substitutis quibusdam fideicommissum peti possit: non tam quia ad eos quæsitæ hereditatis commodum redit, quam quod hereditas apud eos remanet. *L. 4. D. de leg.* 3. Putat tamen Licinius, quia isti rogati non sunt, utilem tantum hoc casu actionem in eos competere, ut is ad quem emolumentum hereditatis pervenerit, & fideicommissum præstare compellatur. *L. si aliena.* 62. *D. de leg.* 2.

XVII. Sed hæc omnia in superioribus caussis accidunt eo, quod prioribus heredibus, a quibus fideicommissum relictum erat,

5) Sed immo *d. L.* 98. aperte de pluribus gradibus heredum, atque ita institutis, & substitutis loquitur. Potest autem ita accipi, si sic nominatim damnet heredem primi gradus, ut inde appareat, eum nolle sequentem gradum onerare.

6) Ita & Duar. *Lib.* 2. *de Jur. accr. C.* 2. Dissensio ut evitetur, malo cum Pac. 6 *Q.* 14. dicere in *d. §. ultim.* haberi exceptionem nisi nominatim testator ab uno legans ostendat, se ab eo tantum præstari velle legatum.

erat, deficientibus, sequentes heredes, a quibus fideicommissum præstandum esse diximus, judicio testatoris ad eandem hereditatem vocantur. Quod si, qui sequuntur heredes, judicio testatoris hereditatem non obtinebunt, legata prius relicta eos non sequentur. Utputa, legata ab herede scripto relicta sunt. Testamento postea irrito facto, legitimi heredes legata non debebunt. Usque adeo, ut quanvis iidem ab intestato succedant, qui prius scripti erant, tamen ne sic quidem legata præstare cogi possint. *L. si quis testamento.* 81. *D. de leg.* 2. Idemque in heredibus legitimis servandum est; ut, [7] si quis intestatus decedens, ab eo, qui primo gradu ei succedere poterat, fideicommissum reliquerit, & eo repudiante, ad sequentem gradum devoluta sit successio, is fideicommissum non debeat. *L.* 1. §. *ult. D. de leg.* 3.

XVIII. Hæc tamen ita, nisi heredes legitimi, aut qui sunt secundo gradu, rogati sint & ipsi, ut idem præstent. Quod si fit, & ipsi legati præstationi obligabuntur, quasi his testator dederit hereditatem hoc ipso, quod non ademit. *d. L. si quis testamento.* 81. *de lega.* 2. *L. ex fideicommisso. C. de fid.* Neque interest, nominatim rogaverit testator, an generaliter quisquis sibi heres esset, aut etiam juberet, fideicommissum ab intestato præstari. *L. cum quam. Cod. de fid.* Sed etsi alter ex legitimis heredibus repudiaverit hereditatem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheres ejus quasi substitutus cum suo onere consequetur accrescentem portionem. *L. si Titio.* 61. §. 1. *D. de leg.* 2.

XIX. Sane interdum, etsi heres alter, quam is a quo fideicommissum relictum erat, nec hereditatem obtinere cœperit judicio testatoris, nec ab eo fideicommissum nominatim sit relictum: nihilominus placet, eum legatis a priore herede relictis teneri. In quo numero sunt duo: fiscus, & ex quibusdam caussis heredes legitimi. Fiscus, quoties heredi, a quo fideicommissum relictum est, [8] hereditas tanquam indigno ablata est, & vindicata fisco. *L. si servus.* 50. §. *si quis ante. D. de leg.* 1. Adversus hunc, inquam, legatorum persecutio locum habet, si bona agnoverit. *L. si servus.* 50. §. *si quis ante D. de leg.* 1. Optima ratione: non illa sane, quod heredis, & successoris loco est; quamquam ita habetur: *L.* 2. *C. ad leg. Jul. de vi.* non enim heres est judicio testatoris; sed quia hoc casu fiscus non novus est heres, sed is, qui ex persona heredis indigni hereditatem obtinest: ut proinde quemadmodum commodis iisdem fruitur, ita & iisdem oneribus debeat subjici. Argumento est, quod cui bona auferuntur, nihilominus heres est, nec, bonis ablatis, heres esse desinit, ut disserit Paulus in *L. ex facto.* §. *ul. D. de vulg.*

XX. Jam & hoc in heredibus legitimis hodie accidit, ut, hereditate heredi scripto ab heredibus legitimis ex caussa præteritionis, vel exheredationis evicta, legata, & fideicommissa ab his ipsis heredibus debeantur, quanvis rogati non sint. Justinianus enim constituens, ut hoc casu institutiones infirmentur, cætera testamento relicta valeant. *authen. ex caussa. C. de lib. præt. vel exher.* non aliud cavere intelligitur de legatis, & fideicommissis eo testamento relictis, quam ut ea præstentur. Neque vero ab alio præstari debent, quam ab his, ad quos hereditatis commodum pertinet. *L. si alienus.* 62. *D. de leg.* 2. Hi autem sunt legitimi heredes, qui ex suprascriptis caussis hereditatem evicerunt. Ipsum quidem scriptum heredem, quem heredem non esse apparuit, fideicommissa non debere plusquam certum est. *d. L. si alienus.* 62. *de leg.* 2.

CAP.

7) Dissent. Ant. Fab. 4. *Conject.* 15. quem refelli, *supr. in not. C.* 8. *N.* 2. Tenetur vero & heres legatariis, etsi injuria secundum eum pronunciatum. *L.* 50. § 1. *de leg.* 1. vid. Hotom. 6. *Observat.* 23. tametsi injusta sententia contra heredem ei hereditatem abjudicans, legatariis non noceat *d.* §. 1. Rob. 2. *Rec. Lect.* 13. contra Cujac. 2. *Obs.* 7. & 18. *Obser.* 32.

8) *L.* 16. §. *ult. de his, quæ ut indig.* Idem est si bona vacantia ad fiscum deferuntur. *L.* 96. §. 1. *de leg.* 1. vid. Chiflet. *Lib.* 4. *de Jure Fidcic. C.* 1.

CAP. XXX.

Quando legatum præstari debeat, & peti possit, sive erit purum, sive in diem, sive sub conditione: Et de conditionibus. *Conditio* quid sit; unde dicta.

I. INter cæteras circumstantias, quæ ad præstationem legati certam efficiendam necessariæ sunt, est, ut dixi, & tempus, quo quidque præstandum est. Utcumque enim constet prius, quid, quantumve legatum sit, cui item, & a quo præstandum: si tamen nondum tempus præstandi venit, frustra legatum petitur, neque hic ulla necessitas est præstationis. Sequitur igitur, ut superioribus expositis, jam de hoc tempore præstationis cognoscatur. In quo eadem juris distinctio servatur, quæ in stipulationibus. Est autem hæc, ut omne legatum aut purum sit, aut in diem, aut sub conditione. *L.* 5. *D. quan. di. leg. ced.* Divisio & in stipulationibus tradita in §. *omnis. Inst. de ver. obl.*

II. Purum dicimus, in quo neque dies ad solvendum adjectus est, neque conditio. *d. L.* 5. *D. quan. di leg. ced.* Similiter ut puram stipulationem, quæ neutrum horum in se habet. *d.* §. *omnis. de verb. obl.* Quæ ideo pura vocamus, quod pura, & nuda sint ab his [1] adjectionibus, quæ præstationem differre solent.

III. Quæ legata hujusmodi sunt, præsentia sunt. *L.* 1. *in princ. D. de cond. & dem.* id est, statim & præsenti die non debentur solum, sed & peti possunt, ut fit in omnibus obligationibus, quæ diem non habent. *L. in omnibus obligationibus. D. de reg. jur.* §. *omnis. Inst. de verb. obl.* Quod tamen in legatis sic accipiendum est, dum hereditas, sit adita. Hinc enim primum eorum omnium, quæ testamento relinquuntur, non solum petitio, sed etiam obligatio, & vis pendet. *L. omnia.* 32. *de leg.* 1. *L. servum.* 44. §. 1. *L. si tibi homo.* 86. §. *cum servus. de leg.* 1. Quippe tunc primum confirmatur testamentum, sine aditione alioqui inutile futurum. *L. ea quam. C. de fid. L.* 1. *D. de ini. rup. testa.*

IV. Quæ autem legata in diem, aut sub conditione differuntur, ea ante diem, aut conditionem exsistentem pariter peti non possunt, quemadmodum nec aute agnosci,

1) Matthæus. *Lib.* 1. *Epi. Legat. C.* 4. *n.* 21. & *seqq.* tempus scribit, poni aut ad substantiam legati, ubi facit legatum conditionale *L.* 22. *princ. Quan. di Leg.* aut ad præstationem, & manere purum vel in diem certum, nec fieri conditionale; aut ad finem, vel interitum illius, & facere diem, non autem conditionem. De vulgari clausula de præstandis legatis quantitatum, annua bima trima die, vid. *L.* 19. *L.* 30. *d. de Leg.* 1. Cuiac. 7. *Obser.* 20. & 15. *Obs.* 29.

agnosci, aut repudiari. *L. cedere. D. de verb. sign. §. omnis. Inst. de verb. obl.* Sane in obligatione inter utrumque genus hoc interest, quod quæ in diem relicta sunt, sic ante peti non possunt, ut debeantur tamen ex die aditæ hereditatis. Quæ autem sub conditione, omnino pendente conditione ne debentur quidem, nedum peti possint. Cujus differentiæ effecta quæ sint, dicetur suo loco in ea parte juris, quæ est de obligationibus. Nunc quod ad præstationem legati, de qua agitur, pertineat, & aliud quiddam, quod est proprium legatorum, tantum attingam.

V. Duo sunt vero, quæ ob superius debitum, quod in legatis in diem, ante diem exsistere dicimus, legatario tribuuntur: legati ante diem solvendi facultas, & ejus legati ad heredes transmissio.

VI. Quod in diem legatum est, ante diem ab invito herede exigi non potest: a volente solvi potest. *L. 1. D. de cond. & dem.* Etiam invito legatario. *L. quod certa. D. de sol.* de quo plura in obligationibus.

VII. Idem legatum, si mortuo testatore decedat legatarius ante diem, ad heredem ejus transmittitur; quia omnia transmittuntur, quorum dies cessit. Eorum autem, quæ pure, & in diem relinquuntur, dies statim cedit a morte testatoris. *L. 5. D. quan. di. leg. ced. L. unica. §. 1. & §. in novissimo. C. de cad. tol.*

VIII. Conditionalis legati contraria effecta. Quia enim pendente conditione non debetur, ideo ante conditionem ne solvi quidem potest; cum solutio sit ejus, quod debetur, solutio. *Inst quib. mod. tol. obl. in pr.* Sed nec interim decedente legatario quidquam ad heredem ejus transfertur, cum legati dies tunc non cesserit. *d. L. 5. quan. di. leg. ced. d. L. unica. §. 1. & §. in novissimo. C. de cad. tol.*

IX. Sed his omissis venio ad petitionem, seu necessariam præstationem horum legatorum, de qua nunc agitur. Ea autem petitio est communis, quam dixi, ut nec quod in diem legatum est, nec quod sub conditione, peti possit ante, quam aut illic dies venerit, aut hic conditio exstiterit. Idem & in horum legatorum tum acquisitione, tum repudiatione fieri diximus, ut si sub conditione, vel ex die certa nobis quid legatum sit, ante conditionem, aut diem certum nec repudiare possimus, nec agnitione acquirere. *L. si ita sit. 45. D. de man. vind.* Ex quo apparet in his, quæ in diem certum, aut sub conditione relinquuntur, agnitionem legati, & petitionem simul cedere, ut pariter ante diem aut conditionem exsistentem neque acquiri legatum possit, neque peti. Itaque sic de horum petitione hoc loco dicemus, ut velimus omnia ad legati agnitionem pertinere. Quæ mihi caussa fuit, cam partem agnitionis, quæ hæc legata attingit, in hunc locum rejiciendi, ubi de utroque in commune diceretur. Jam ergo quando utrumque recte petatur, & præstari debeat, videamus.

X. Et de priore genere sic recte definiamus: quod legatum in diem sit, id tum peti posse, & præstari debere, cum dies venerit. Itaque in hoc legato duo quærenda sunt. Primum, an sit legatum in diem, ne frustra laboremus in die exspectando, qui nullus inest. Deinde, an dies venerit.

XI. Posterius hoc verbis non eget. Cum enim hic de die certo loquamur, nemo ignorare potest, utrum is, & quando venerit.

XII. Prius eget explicatione, quia varie dies inest, neque id ab omnibus cernitur. Et legatum in diem vocamus, cum adjecto die, quo legatum præstetur, legatum relinquitur. Sic definitur stipulatio in diem in *§. omnis. Inst. de verb. obl.* quod & ad omnem aliam obligationem, & ad legatum, ac fideicommissum transferendum est. Diem hic certum intelligimus. Nam dies incertus conditionem in testamentis facit. *L. dies. 75. de con. & dem.* De quo paulo post in legato conditionali. Adjectum hic diem intelligere debemus, qui quovis modo inest legato, ad legatum ex eo die præstandum.

XIII. Inest dies legato partim aperte, partim tacite.

XIV. Aperte, cum verbis testatoris adscriptus est. Ut, Titio post duos. tresve annos, quam moriar, centum dari volo.

XV. Tacite ut insit, fit alias natura relicti, nonnunquam & tacita testatoris voluntate.

XVI. Natura relicti legatum diem in se continet, cum aut opus aliquod heres ædificare jussus est, aut loca legato. præstando sunt præfinita. Nam & opus faciendum tantum temporis desiderat, intra quod perfici possit: & loca adjecta tantum, intra quod in locum constitutum possit perveniri. *L. interdum. 73. D. de verb. obl. §. loca. Inst. eo. tit.* Talem dilationem desiderat cujusvis rei legatæ præstatio, quæ res præsens non sit: ad quam repræsentandam necesse sit eo proficisci, & inde sumere, ubi est. Quamquam hoc ad locum tacite adjectum potest referri.

XVII.

XVII. Est etiam, cum voluntatis conjectura hunc diem inducat. Quod in hac specie receptum est, cum legato, quod primo alicui datum est, dies adjectus est; & si is legatarius ad legatum non perveniret, alius in eamdem rem sine mentione diei substitutus est. Nam hic quantum temporis deerat primo ad legatum consequendum, tantum in substituto repetitum videtur; ut scilicet substitutus eadem conditione legatum accipiat, qua fuit apud eum, in cujus locum substitutus est. *L. Publius.* 36. §. *ult. D. de cond. & dem.*

XVIII. De conditionalis legati petitione hæc juris summa est. Quod legatum sub conditione relictum est, si quidem & conditio jure pro conditione habeatur, id tum primum deberi, et peti posse incipit, cum ea conditio exstiterit, aut non impleta, jure pro impleta habebitur. Ex quo intelligi potest, omnem de conditionali legato quæstionem his quatuor partibus tanquam certis finibus contineri: ut quæratur, Primum an in legato insit conditio. Secundo loco, an ejusmodi, quæ jure pro conditione haberi debeat, ut ejus eventus sit expectandus. Tertio, an quæ expectanda est, impleta sit. Postremo, non impleta an in ea caussa sit, ut pro impleta haberi debeat. Quæ omnia & in cæteris obligationibus sub conditione contractis licebit usurpare.

XIX. An in legato insit conditio sic assequemur, si noverimus quid sit conditio, & ejusmodi aliquam orationem legato additam esse videbimus.[2] Conditio, ut supra quoque definivimus Cap. XIV. hujus Libri, est oratio, qua id omne, quod agitur, in futurum aliquam eventum suspenditur, §. *sub conditione. Inst. de ver. obl.* Ea oratio formula, & conceptione verborum una est, si quid secutum sit postea, si quid factum erit, aut non erit, cujus eventus sit incertus. Puta [3] si navis venerit ex Asia, si rex Parthorum vicerit, si Titius in Capitolium ascenderit, si decem dederit; aut contra si non venerit, si non vicerit, si in Capitolium non ascenderit, si non dederit. *d.* §. *sub conditione. de ver. obl.* Sane dicuntur etiam conditiones quædam esse, quæ in præsens, & præteritum conferantur, ut si Titius vivit; si Titius consul factus est. De quarum potestate scriptum est in §. *conditiones. Inst. de verb. obl. L. conditio.* 100. *D. eo L. cum ad præsens.* 37. *& duab. seqq. D. si cer. pet.* Sed ne quis harum exemplo adversus superiorem definitionem moveatur: dicuntur hæ conditiones, quia conceptione, & forma verborum tales sunt; re autem vera conditiones, non sunt. Quod non uno in loco a veteribus traditum legimus, ut *L. si ita stipulatus.* 122. *D. de ver. obl. L. illa institutio. D. de cond. inst. L. itaque* 39. *D. si cer. pe. L.* 3. §. *si patronus. D. de bo. lib.* Et recte: ex his enim conditionibus aut nihil debetur jam a principio: aut si quid, pure deberi intelligitur. Nihil debetur, si falsæ sunt. Pure debetur, si sunt veræ. Pugnant autem inter se pure quid dari, deberive, & deberi sub conditione. §. *omnis*, juncto §. *sub conditione. Inst. de verb. oblig.* De hoc genere si quis plura requiret, scripsi quod satis esse videbatur, ad *L. cum ad præsens. D. si cer. pet.* Illuc redeo, in vera conditione formulam, & conceptionem unam esse hanc, ex qua conditio deprehendatur, si quid factum erit postea, aut non erit. Hæc, inquam non alia conditionis formula est, sive exprimatur verbis hæc oratio, sive aliis verbis eadem indicetur. Unde hac oratione inventa, facile est conditionem agnoscere. Quomodo inveniatur, dicam paulo post. Prius monendi videmur de etymologia verbi, ex qua & significationis ratio, & verbi orthographia, in qua multi falluntur, intelligetur.

XX. Recte Grammatici illi sentiunt, qui conditionem a condendo dictam volunt. Ut sit ultimum supinum verbi conditu: unde nomen verbale conditio. Congruit significatio verbi. Nam *condere* inter alia significat, constituere, componere, ac veluti exædificare aliquid: facere denique ut res sit. Hinc conditio: cujus verbi duplex significatio est, ex illo velut fonte ducta. Nam in hominibus conditionem personæ vocamus, habitum fortunæ cujusque & statum ex eo, quod hæc qualitas ejusmodi sit, qua homo ita a Deo conditus est, aut factus. *L. in multis. D. de stat. hom. L. qui cum alio. D. de reg. jur.* Neque solum in hominibus, sed & in cæteris rebus hæc appellatio valet. Nam et res meliore, & deteriore conditione esse dicitur, id est, statu. In nego-

2) Duaren. *de Cond. Inst'l. C.* 2. Conditio est adjectio *L.* 6. §. 1. *de tutel.* qua legatum, vel institutio heredis suspenditur in futurum eventum, vid. & Goed. *ad L.* 1. *de V. S. n.* 18. *& seq.*

3) Cur ICti nostri iisdem plerumque exemplis utantur in conditionibus referendis. Ut in casuali: *Si quis ex Asia venerit; Si Titius Consul factus erit*; in potestativa, quæ factum habet: *Si Capitolium adscenderis*; quæ dationem: *Si 10. dederis*; in conditione facti impossibilis: *Si cœlum digito tetigeris*: dationis: *Si Hippocentaurum dederis, &c.* argute exponit. Rob. 3. *Sent.* 15.

Digitized by Google

negotiis autem gerendis, voluntatibusque supremis ordinandis valet illa altera conditionis significatio, quam diximus; eamdem tamen originem verbi, & significationem retinens. Nam & in omni re, de qua affirmatur quid, statuiturve in futurum, hoc ipsum præstat adjecta conditio, ut ejus eventus constituat rem, de qua agitur, quæ absque eo esset, omnino ut nulla esset, actum intelligeretur. Sit aliqua institutio, aut legatum, aut promissum sub conditione, si navis venerit ex Asia. Ex hujus conditionis eventu pendet, an institutio, legatum, promissum valeat, necne. Nam si navis non venit, nihil istorum placet; si venerit, hic est eventus, qui primum superiora constituit, facitque ut sint, ut volumus. Recte igitur conditio, quæ facit, ut res istæ velut condantur, id est constituantur. Utrum tamen verbum e *condio*, aut e *condico* potius deductum dici debeat, quam a *condo* ambigi potest. A condio quidem idem supinum conditu, quod in verbo condo; unde pariter verbale nomen recte deducas conditio. Neque abludit verbi *condio* significatio ab eo, quod conditionis proprium est. Dicimus enim per metaphoram condire aliquid re aliqua, pro temperare, & moderari rei alicujus adjectione. Qualis adjectio est conditio. Rursum in Pandectis Florentinis ubique constanter conditio scribitur per *c*. in penultima syllaba. Quam scripturam si sequimur, non potest hoc aliter accipi, quam ut existimetur verbum dictum esse a *condicendo*. Sed quominus e *condio* deducatur, probibet quantitas secundæ syllabæ. Nam e *condio* quidem, & *condo* fit ultimum supinum *conditu*, unde *conditio*. Sed a condio quartæ inflexionis verbo conditum penultima producta: a condo tertiæ inflexionis conditum *di* syllaba correpta: quæ & ipsa in verbo *conditio* brevis est. *Horat. Lib.* 1. *epist.* 1. *cui spes, cui sit conditio dulcis sine pulvere palmæ.* Quominus autem conditionem e *condico* dici putemus, tria evidenter reclamant, derivatio verbi, syllabarum quantitas, & in primis verbi *condico* significatio. Derivatio quidem aperte. Nam verbalia in *io*, ut Grammatici docent, fiunt ab ultimo supino verbi, mutato *u*, in *i*, & addita litera *o*. Quam ob caussam si a *condicendo* dedocas, debuit verbale esse *condictio*, non *conditio*, ut a dico *dictio*, a scribo *scriptio*, a lego *lectio*. Sed esto, deriventur hæc nomina a themate ipso verbi activi præsentis temporis indicativi modi, quod falsum esse superioribus exemplis aperte convincitur: tamen quominus id recipiamus in verbo conditionis, tanquam e condicendo dictæ, obstat quantitas secundæ syllabæ, quæ in *condico* longa est, in *conditio* brevis, ut ante ostendi, & convenit inter omnes. Postremo hanc derivationem significatio verbi *condico* aperte repudiat. *Condicere* enim quid alicui, est una cum alio quid affirmanter dicere, & polliceri futurum: ut cum dicimus, te alteri condicere diem, ad quem adfuturus sis: condicere cœnam, ad quam venias. In conditione autem qualem nunc intelligi volumus, non modo nihil certo dicitur, aut affirmetur, sed etiam tota oratio, cui conditio adhibetur, confertur in eventum incertum, & ex eo vis ejus pendet. Non est igitur omnino hoc verbum a *condicendo*; eoque nec tanquam ab eo deductum per *c*. in penultima syllaba scribi debet, sed per *t*. usitato more.

CAP.



Digitized by Google

CAP. XXXI.

Conditio quibus ex rebus inesse legato deprehendatur.

I. POstquam quid sit *conditio*, tenemus: quod sequitur, ubi insit in legato, videamus: sine quo legatum non possit fieri conditionale. Non hic laboraremus, si semper exprimeretur conditio, aut exprimeretur ea formula, quam propriam conditionis esse diximus, puta si illod, aut illud factum fuerit. Nunc autem neutrum horum perpetuo hic servatur. Quo fit, ut sæpe conditio non animadvertatur, quæ tamen vere inest. Quocirca ut possit a nobis in omni genere legati facilius deprehendi, præceptis nos ad eam rem adjuvari opus est. De quo jam dicemus. Conditio aut extrinsecus, & quodammodo sua sponte citra voluntatem testatoris legato inest, aut a testatore ipso injicitur.

II. Inest extrinsecus legato partim potestate juris, partim natura rei legatæ. Potestate juris hæc, si hereditas sit adita. *L. heredis. 7. D. quan. di. leg. ced.* Conditio ex eo, quod jus ita est, ut nihil valeat ex eo testamento, ex quo hereditas adita non erit. *L. 1. D. de inj. rup. & irr. test. L. ea, quam. C. de fid.* Unde dictum, legata omnia, etiam quæ sine die, vel conditione adscribuntur, non nisi ex die aditæ hereditatis præstari. *L. omnia. 32. D. de legat. 2.* Ex re, quæ legatur, conditio inest, cum id quod in rerum natura non est, exsistere tamen postea potest, relinquitur: ut cum legatur quod ex Arethusa natum fuerit; aut fructus, qui ex eo fundo percipientur. *L. 1. §. ult. D. de cond. & dem.* Harum enim rerum eventum incertum facit natura, cum possint hæc tam non exsistere, quam exsistere. Incertus autem hic eventus ex futuro pendens, conditionem facit. Similis est operarum ratio; quarum non ante dies cedit, quam indictæ fuerint, nec sint præstitæ. *d. L. interdum. de verb. obl.*

III. Injecta a testatore conditio intelligitur, sive is verbis adscripsit, sive sine verbis inesse voluit. Quorum prius an fecerit, verborum conditionem significantium cognitione; an fecerit posterius, voluntatis conjectura assequemur.

IV. In verbis, & formula conditionis non hæsitaremus, si non alibi conditio esset, quam ubi ita dictum est, [1] *si illud factum erit*, aut *non erit*: in quo con-

1) non tantum vero vocula, *si*, concipitur conditio, sed & aliis, vid. Duaren. *de Cond. Inst. C. 3.*

conditionem esse diximus. Nam ubi hoc dictum sit, proposito legato facile cernitur. Sed est, cum conditio aperte non exprimatur. Quod genus quale sit, cognoscendum est. Igitur pro conditione hæc habentur, [2] *dies incertus*, *& demonstratio rei adjecta ex futuro sumpta*. Diem incertum conditionem in testamento facere traditur *L.* 1. §. 1. *L. dies.* 74. *D. de cond. & dem. L. talis.* 30. *de leg.* 1. Id quoque quid sit, & quatenus valeat, dicendum est.

V. Diem incertum recte dixerimus omnem, quem testator ex eventu aliquo intelligi voluit: puta eum, quisquis futurus est, qui tum erit, cum aliquid factum fuerit. Certum contra, qui aperte designatur, quique ut intelligatur, non jubetur ullus eventus expectari. Num ergo omnis incertus conditionem facit?

VI. Et diem incertum duobus modis vulgo dici constat, ut illa sunt incerta, quæ eventura sunt. Uno modo eum, de quo an venturus sit, incertum est; quanvis si veniat, non sit incertum quanto ab hinc intervallo distet: cujusmodi sunt illa, fundum Titio do lego, cum pubes erit, cum ad vigesimum annum pervenerit. Constat enim, post decimum quartum annum masculos puberes fieri, nec quisquam quod sit spacium viginti annorum, & quando præterierit, dubitat. Sed incertum est, an ad hoc tempus perveniat is, in cujus personam hæc dilatio collata est. Altero modo & contrario eum, quem venturum esse certum est: illud incertum, quando. Cujus generis est, si quid in mortis heredis tempus conferatur, hoc modo: heres meus, cum morietur, centum dato. Hoc enim quando morietur, incertissimum: etiam si eum aliquando moriturum esse certum est.

VII. Hoc est igitur, quod quærimus, an utroque hoc modo dies incertus habendus sit pro conditione. Et prius genus conditionem habere non dubitatur. *L. si dies. L. si Titio. D. de quan. di. leg. ced.* Nam si conditio est, cum quod promittitur, aut relinquitur, in aliquem casum differtur, ut est: §. *sub conditione. de verb. obl.* necesse est, eum diem pro conditione esse, qui, ut venire potest, & juxta non venire: ita, utrum legatum debeatur, nec ne; incertum facit. De posteriore dubitari potest, cum sit ejusmodi, ut omnino sit venturus. Sed quoniam & hic incertus est, & in legatis non est satis quid exsistere, ut legatum debeatur, nisi etiam vivo legatario exsistat, si quid incertum est: placet & hunc pro conditione esse, si ejusmodi sit, ut possit vivo legatario non venire, qualem diem habet mors heredis, aut cujus alterius extranei. *L.* 1. §. 1. *D. de cond. & dem.* Quod si ita legatum erit Titio, cum ipse morietur, purum erit legatum, ut Papinianus scripsit, nec conditione suspendetur, sed mora. *L. heres meus.* 78. *de cond. & dem.* non quod non æque sit incertum, quando legatarius moriturus sit; sed quod non possit hic dies non venire, & quidem vivente legatario ipso, cum hæc verba, cum morietur, hoc significent, non cum mortuus erit, sed cum [3] aget animam; quod nisi vivus adhuc facere non potest. Quod autem in ea caussa est, ut certum sit viventi debitum iri, non est sub conditione: cum conditio in incerto ponat, utrum res debeatur an non debeatur. *d. L.* 1. *de cond. & dem. L. cedere, de verb. sign.* Dicitur dies incertus conditionem facere; sed additur *in testamento*. Non sane quo in contractibus non dies quoque incertus conditionis vim habeat: traditur enim nihil interesse, utrum ita stipuler, si veneris, an cum veneris; si factum erit, an cum factum erit. *L. quodcumque,* 45. §. *non solum. de verb. obl. L. qui promisit, de cond. ind.* sed quod non omnis incertus eam vim habeat in contractibus. Is enim in his non habet, quem venturum esse certum est; adeo, ut illæ etiam obligationes pure habeantur, quæ sub conditione contractæ sunt, quæ conditio omnimodo exstitura est. *L. si pupillus.* §. 1. *de novat.* Id caussæ est, quod non uti in legatis, sic in obligationibus contrahendis quidquam refert vivone creditore conditio exsistat, an mortuo. Et si mortuo exstiterit, heredibus ejus debebitur, ad quos spes conditionis transmittitur. §. *ex conditionali, Inst. de verb. obl.* Ita fit, ut si conditio exstitura est, non possit ex conditione pecunia promissa non deberi, cujusmodi quod est, in diem esse diximus, non sub conditione. Interim hoc constat sive ex testamento, sive ex contractu res agatur, inter conditio-

2) Cujac. 18. *Obs.* 1. Dies incertus cum effectu ipso conditio sit, conditio vocatur *L.* 1. §. *ult. Ut leg. nom. cau. L.* 22. *pr. Quan. di. leg.* E contrario conditio appellatur dies incertus *L. talis.* 30. § 4. *de leg.* 1. Sed hoc interest: Omnis conditio est dies incertus. Non omnis dies incertus est conditio; sed ita, si possit non cedere. Si non possit non cedere, conditio non est: ut *Cum morietur Titius eidem lego.* Quia fieri non potest, ut non moriatur Titius.

3) Instans mortis adscribitur vitæ *L. quas dates* 18. §. 1. *de manum. testam. L. ultim. ibi: extremo vitæ momento, de condit. instit.* Quod & probant. *L.* 9. *Cod. de hered. institut.* §. 15. *junct.* §. 13. *I. de inutil. stip.* Cujac. 3 Obs. 34.

tionem, & diem incertum nihil interesse. Cum in contractibus si quis dies incertus pro conditione non sit, ne conditio quidem ejusdem generis expressa pro conditione habeatur, ut verissime dictum sit, nihil referre, utrum ita leges, promittasve, si veneris, an cum veneris; si morieris, an cum morieris. *L. quodcumque. §. non solum. de verb. obl. L. qui promisit. de cond. ind.* Nam quod Paulus scribit in *L. centesimis. §. ult. de verb. oblig.* differre has stipulationes dabis, si volueris, & dabis, cum volueris, ad rem non pertinet. In eo enim differre ait; quod illa prorsus sit inutilis, hæc utilis. Illud non negat, quin utraque sit conditionalis stipulatio, cum ita dicat, non aliter quidquam deberi ex utraque stipulatione, quam si promissor constituerit se daturum, de quo nunc quæritur.

VIII. Est plane in conceptione, & expressiona istarum adjectionum quod intersit, Titio si annorum quatuordecim factus erit, &, Titio, cum annorum quatuordecim factus erit: quod priore conditio exprimitur, per conditionem tempus demonstratur: sequente tempus exprimitur, per tempus significatur conditio; cæterum vi ipsa utrobique eadem conditio est: quod Pomponius scribit in *d. L. si Titio. quan. di. leg. ced.* Sic enim accipiendum est, quod dicitur inter hæc nihil interessa, ut scilicet hæc quoque oratio posterior pro conditione intelligatur. Vis tamen ex jure interdum diversa. Quoniam enim jure civili expressa nocent; quæ jus adjici non patitur, eadem non expressa non nocent: *L. nonnunquam. 51. hoc tit.* fit, ut si exprimatur conditio, noceat. Si per tempus demonstretur, nihil noceat. Ut in illo genere quod modo ex Paulo retuli, hæc adjectio, si volueris, inutilem stipulationem facit; illa, cum volueris, non facit. Verum non ideo, inquam, quia hic eadem conditio non intelligatur: sed quia cum stipulatio in voluntatem promissoris conferri non possit, exprimitur conditio illis verbis, si volueris; his, cum volueris, significatur, non exprimitur.

IX. Et hæc quidem verborum vis, & significatio est. Quæ tamen hucusque sequenda est, nisi sicubi appareat, aliud sensisse testatorem. *L. non aliter. 69. de legat. 3.* Quod facere in quibusdam intelligitur, non modo ut dilatio in diem incertum, quæ videtur, dilatio tantum sit, non conditio; sed interdum etiam, ut ne pro dilatione quidem habeatur. Et quidem cum testator ita quid legavit, ut id pure daret, cæterum juberet legatarium accipere, cum ad aliquot annos pervenisset: hoc modo, do lego Æliæ Severinæ filiæ, & Secundæ decem, quæ legati omine accipere debebit, cum ad legitimam ætatem pervenerit: legatum sic acceptum est, ut non conditio legato inserta; sed petitio in tempus legitimæ ætatis dilata videretur. *L. ex his. C. quan. di. leg. ced.* In hoc autem genere decem heres meus dato Titio, cum petierit, non sic legatum interpretamur, si petierit, quasi Titio non petente heredibus ejus nihil debeatur: sed adjectio hanc vim habet potius, ut petenti sine ulla dilatione præstetur. *L. Titia. 84. de cond. & dem.* quod quoniam his verbis significatur, adjectio nec conditionem habet, nec dilationem. Contraria enim sunt pure quid dari velle, ac sine dilatione, & velle in tempus differri. Sic & in hac stipulatione accipitur, decem cum petiero, dabis? *L. si decem cum petiero. 48. de verb. obl.*

X. Quod cum constet in his duabus caussis responderi propter non obscuram voluntatem testatoris, quæ ex verbis colligitur: quid, hac detracta, in cæteris de die incerto judicandum relinquatur, apparet. Et est sane definitio superior ad cognitionem conditionis diligenter notanda. Ut enim cætera non possimus, quibus verbis maxime conditio efficiatur, intelligere, in quo tam a plerisque laboratur: tamen illud nemo est, quin animadvertere possit, sitne legatum, vel obligatio in aliquod tempus dilata. Ea dilatio si incertum tempus habet, conditionem facit. Quod sit incertum tempus dictum est. Quibus verbis res differatur in tempus incertum, ne admonitione quidem magnopere indigere puto. Cum enim, si aperte differatur, oratio hæc futura sit, cum illud evenerit, cum illud factum non erit: quæ orationes eamdem dilationem habeant, aut demonstrent ex usu & ratione loquendi, nemo dubitabit, cui quidem ratio loquendi nota sit, quin hæ idem valeant, filiæ, cum nupserit, ubi nupserit, postquam nupserit: uxori quandocumque liberos susceperit, decem heres meus dato. *L. si ita scriptum. 45. §. ultim. de legat. 2. L. cum vir. 25. de cond. & dem.* illi quandiu res patroni filiæ gesserit. *L. pater, 100. §. ultim. de cond. & dem.* illi, dum, sive quoad cum filio meo moratus erit. *L. 8. de cond. & dem. L. Cajo, §. 1. de al. leg.* In quibus hoc intelligitur, illi cum res geret, heres meus dato, & quandiu geret: illi, dum una cum filio meo morabitur. Sed quæ particulæ tempori serviant, ex Grammaticis notum est. Ratio

tiæ quoque sermonis docet, hanc orationem, ille redditis rationibus liber esto, in hanc resolvi, ille cum rationes reddiderit, liber esto. Quare utrobique eadem dilatio, & per dilationem eadem quoque conditio est. *L. qui libertatis*, §. *servus*, *de evict. L. Stichus*, *in princ.* & §. 1. *de statulib.* Quod consultus Scævola in hac specie probavit: Ille acceptis centum nummis restituito hereditatem Titiæ coheredi suæ. Cum enim Titia prius decessisset, quam centum daret, & quæreretur, an heres Titiæ, offerendo centum partem hereditatis consequi posset; respondit heredem conditioni parere non posse. *L. a testatore*, 108. *de cond. & dem.* In eo quidem de jure aperto statuens, quo jure constitutum est, legata conditionalia nondum impleta conditione ad heredem legatarii non transmitti: sed tamen tacite hoc significans, de quo quærehatur, in proposito conditionem inesse. Quæ si nulla esset, nihil est, cur quisquam hoc responsum hominis sani, nedum Jurisconsulti, & Scævolæ esse existimet. Et quod saturninus ibidem notans ita scribit, *magno ingenio de jure aperto Scævola respondit*, *cum posset dubitari an in proposito conditio esset*: utrum irridentis dictum sit, an potius laudantis responsum Scævolæ, quæri scio. 4 Ironice carte dictum videtur. Neque enim, si verum amamus, ulla laus est ingenii, si quis de jure aperto respondeat. Illud autem non modo non ingenii, sed ne sani quidem, cum de facto interrogare, si de jure respondeas. Cujus rei Scævolam hoc dicto Claudius Saturninus insimulat. Sed sive laudat Claudius Scævolam, hoc confirmat quod dicimus: sive irridet, non recte irridet, cum constet, hunc esse morem Scævolæ, ut ex responso juris intelligi velit id in facto esse, de cujus jure respondet. Ut qui heredes conditioni parere non posse ait, is haud dubie eos conditione in proposito impediri significet. Quod cum ex innumeris aliis ejus responsis probari potest, tum vero maxime ex eo, quod est in *L. Lucius*, 95. §. *collegio*, *de legat.* 3. De qua re plura scripsi ad *L. qui Romæ*, 72. §. *Agerius*, *de verb. obl.*

XI. Quod dixi de demonstratione ex futuro tempore sumpta, hujusmodi est. Qui rem aliquam legat, & demonstrandi caussa hoc addit, quæ talis erit postea: veluti Stichum, qui meus erit, cum moriar: hoc dicere intelligitur, si talis erit, si Stichus meus erit, cum moriar, do lego; ut nisi in ea caussa sit tempore mortis, legatum non debeatur. *L.* 6. *de leg.* 1. *L. nuper.* 85. *de leg.* 3. Hanc adjectionem, *qui meus erit*, *cum moriar*, demonstrationem voco, quod designandæ rei gratia, quam testator legatam vult, adhibetur: sed ex futuro sumptam, ut est, quo jam minus proprie demonstratio dicitur; cum si vere demonstratio esset, qualis est, quæ in præsentem aliquam rem confertur, etsi falsa esset, legatum deberetur, ut supra suo loco diximus. Igitur pro conditione est hæc oratio; quia si frustra adjecta non est a testatore, ut non esse credendum est: necesse est aut demonstrandi caussa posita sit, aut legati conditione suspendendi; hac conditione, inquam, si modo res talis erit: si Stichus meus erit, cum moriar. 5 Non est demonstrandi caussa; (sic enim ratiocinatur Ulpianus in *d. L.* 6. *de leg.* 1.) quoniam si hac gratia poneretur, ita concepta essat, Stichum, qui meus est, non, qui meus erit. Ex quo intelligi vult, conditionem esse, non demonstrationem. In quo Labeonem reprehendit, qui hunc sermonem quanvis in futurum collatum, pro conditione accipiendum putabat, ut Pomponius refert in *d. L. nuper.* 85. *de leg.* 3. Et recte reprehendit. Est enim demonstratio oratio designandæ rei caussa adhibita: & demonstrare, rem, de qua sermo est, certam facere verbis, & qualis sit ostendere. Id vero rebus, & notis præsentibus efficitur. Nemo autem ex futuro tempore rem designat, cum qualis eo tempore futura

4) Sed non puto, Scævolam a Claudio ironice irrideri. Nam id & indignum, ac alienum a ICto; & debuisset a Triboniano hæc, si esset, reprehensio omitti. Laudat igitur in eo Scævolam Claudius, quod cum videri posset species proposita juris ambigui, magno, id est fidenti ingenio eam ex jure certo deciderit.

5) Sed immo puto hujusmodi orationi utramque inesse & conditionem, & demonstrationem per *L.* 34. §. *ultim. de auro & argen. leg.* ut notavi *supr. C.* 19. *N.* 7. *cir. fin.* Labeonem vero in *d. L.* 85. reprehendi, vel quod negaverit etiam conditionem inesse, ut subaudiatur vocula *tantum*, vel, quod verius videtur, quod jus regulare demonstrationis hoc accommodaverit, quo demonstratio falsa vitiatur, & pro non adjecta est. Sane exacte rem ponsiculanti apparet, nonnullum discrimen inter hæc, *Stichum si meus erit*, & *Qui meus erit.* Illic sola inest conditio, & designatur res præsens, quæ ita legatur, si permanserit. *L.* 33. §. 3. *h. t.* Nec enim quisquis servus postea Stichi nomine insignitus, intelligitur, sed is, quem, cum legaret, testator nomine *Stichi* hebuit. Unde alienatione illius voluntaria exstinguitur legatum, & nec redemptione ejusdam Stichi convalescit *L.* 15 *de adim. leg.* multo minus alterius servi comparatione, cui idem Stichi nomen indatur, tametsi in locum prioris subrogetur, argumento *L.* 26. §. *ultim. de pignor.* At in hac adjectione, *Qui meus erit*, nostro hic docente, aliud. Nimirum quia non sola inest conditio, sed & demonstratio: non quidem, qua res præsens designetur. Est enim tempore testamenti Stichus, seu res legata quodammodo indefinita: sed tempore mortis, cum evenit conditio, facit demonstrationem; cum ante eam, & conditionis eventum, nihil sit, quod demonstrari potuit.

tura sit, æque nunc ignoretur. Igitur demonstrationem docendi caussa abusive appellavi, quia ex adjuncto quid dicerem, facile intelligeretur, cum ita dixi, demonstrationem ex futuro sumptam. Quid si illa etiam probabilior ratio est? Quod qui ita dicit, Stichum qui meus erit, cum moriar, non certum demonstrat, sed illum quisquis futurus est, qui meus erit, cum moriar. Quod quidem verba demonstrant, & Paulus in hac specie comprobavit. Nam cum ita legatum esset, Titia uxor mea optato Philargyrum puerum, & Agatheam ancillam, qui mei erunt, cum moriar, si testator Agatheam, quam testamenti tempore habebat, vendidisset, & postea ancillas emisset, ex quibus uni Agatheæ nomen imposuisset: respondit Paulus & hanc legatam videri. *L. filiæ.* 28. §. *ultim. D. de cond & dem.* Significans, non illam, quam testator habuit, ipsum legavisse, sed incertam: illam nimirum, quæcumque esset, quæ illius esset, cum moreretur. Nam si certam demonstrasset, dici nihil potuit, quin, ea alienata, legati conditio defecisset, quanvis aliam emisset, testator eodem nomine. Non enim hæc illa est, quæ legata esset. Quod si verum est, sequitur, ut si testator cum moritur, Stichum nullum habuerit, nihil legatum intelligatur. Quod rursum si ita est, hac plane conditione legatum esse Stichum relinquetur, si testatoris erit, cum morietur: quippe qui nec legatus sit, si eo tempore testatoris non fuerit. Hæc ratio ut magis in hac re probetur, afferam, quod Pomponius de hoc verbo, *meum*, in conditione facienda scribit in *d. L. nuper.* 85. *de leg.* [3] quod nisi ex eadem ratione effici non posse videtur. Scribit enim tradi illam distinctionem, ut quoties certum corpus legatur, adjectum hoc verbum, *meum*, non faciat conditionem. Si vero incertum legetur, veluti ita, vina mea, & vestem meam, videatur pro conditione hoc verbum, *meu*, esse; ut ea demum, quæ illius sunt, videantur legata. Cur quæso hic pro conditione? quia qui vina sua dixit, nulla demonstravit nisi sua. Quæ si nulla habet, nihil legatum est. Quod dixi etiam certius fiet, si quis has formulas animo subjecerit, quisquis mihi ex suprascriptis heres erit, idem filio meo impuberi heres esto: uter ex fratribus meis consobrinam nostram uxorem duxerit, heres esto. In quibus conditionem inesse constat: scilicet quia incertus demonstratur, & is, qui futurus heres, & qui ducturus est consobrinam, non alius. *L. qui liberis. in princ. de vulg. L. uter de cond. inst.* At & in verbo *quisquis* intelligitur, omnis qui ex suprascriptis; sive suprascripti, qui heredes mihi erunt; & in *uter*, intelligitur qui ex duobus, sive frater is, qui consobrinam duxerit.

XII. Sed sive hæc, sive illa altera, quam dixi, ratio est; hoc quidem convenit, genus hoc demonstrationis, quæ in futurum collata sit, pro conditione esse; quæcumque orationes eam demonstrationem habuerint. Cui refragari videbitur prima fronte, quod Ulpianus in *L. 2. de her. inst.* scribit de hoc genere institutionis, ille heres esto ex partibus, quas adscripsero. Ait enim eum, qui ita institutus sit, & nullis partibus adscriptis heredem futurum. Quod quidem dicturus fuisse non videtur, si in hac adjectione, ex partibus, quas adscripsero, conditionem esse intelligeret, si modo adscripsero. Nam hac conditione heres institutus, si conditio non exstiterit, non est, cur videatur heres esse potuisse. Sed hoc ne quis recte colligi existimaret, quia in proposita specie nullis partibus adscriptis, is, qui est institutus, nihilominus heres futurus est; ideo in his verbis, *ex partibus, quas adscripsero*, conditionem non inesse: ipse nominatim Ulpianus in eodem loco adjunxit, etsi qui instituti essent nominatim hac conditione si partes adscripsero: tamen nullis adscriptis heredes futuros. Ergo conditione non exsistente heredes erunt, qui sub conditione instituti fuerant? Minime: sed, ut ipse ibidem subjicit, hanc objectionem tacite removens, si partes adscriptæ non sint, heredes erunt ex æquis, quasi duplici facta institutione. Quorum verborum hic est sensus: suprascriptam institutionem sic accipi debere, quasi testator instituisset heredes in hereditate quidem pure; quod autem ad partes attineret hereditatis, instituisse ex diversis partibus hac conditione, si postea partes adscripsisset. Quo efficitur, non ut si partes adscriptæ non sint, heredes non fiant, qui instituti sunt; sed ut non sint ex nullis partibus; quia in his [6] conditione defi-

6) Vid. *supr. Lib.* 6. *C.* 21. *N.* 10. & notat Matth. Griball. *ad L.* 6. *de leg.* 1. relata vulgari solutione, quod si antecedens, quod per relativum, *quis*, *qui &c.* redditur conditionale, versetur circa substantiam dispositionis, defectus conditionis dispositionem deficere faciat: Sin circa accidentia, quod tum defectus conditionis accidentia quidem vitiet, sed non substantiam dispositionis, ut in *d. L.* 2. ubi non institutio ipsa, sed partium distributio sit conditionalis. Et rejecta exinde, quod immo relativum, *qui &c.* faciat conditionale non antecedens tantum, sed totam orationem, sic ad *d. L.* 2. respondet: Duas esse provisiones: Hominis & Legis. Quoties quis a provisione legis recedit, sibi ali-

deficiuntur. Quid ergo nullo modo heredes erunt? Imo erunt ex æquis: quia ita jus est, ut si plures instituti sint sine partibus, intelligantur instituti ex æquis. *L. quoties.* 9. §. *heredes. L. ex facto* 35. *ibi, ita igitur. de her. inst.*

XIII. Et his quidem modis conditio verbis demonstratur. Est, cum verbis testatoris purum legatum, ex ejusdem sententia, & voluntate conditionem accipiat. Id autem fit tribus modis. Nam alias posterioris legati conditio priori legato injecta; alias contra prioris legati conditio in posteriore repetita intelligitur. Est etiam nonnunquam, ubi unum dumtaxat legatum scriptum est, idque purum: tamen conditio pro affectu testatoris suppletur.

XIV. Quod pure datum est, si sub conditione adimatur, sub conditione datum videtur. Quippe quod sub conditione ademptum est, sub contraria conditione datum intelligitur, *L. aliquando.* 107. *D. de cond. & dem. E. si legatum, de adi. leg.* ut illud e converso quoque valet, ut qui sub conditione legavit, idem sub contraria conditione ademisse videatur. Quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato, si dixit testator: perinde est, ac si ita dixisset, nisi mater mea moritur, ne dato. *L. quibus.* 40. §. 2. *de cond. & dem.*

XV. Quod secundi generis est, ut prioris legati conditio in posteriore repetita intelligatur; receptum est in legati translatione. In quo ita veteres definiunt: legatum sub conditione relictum, & ad alium translatum, si non conditio personæ cohæreat, sub eadem conditione translatum videri. *L. legatum.* 95. *D. de cond. & dem. L. legatum sub* 24. *de adi. leg.* Id translatio legati facile arguit. Non enim hic novum legatum datur, sed quod prius fuit, transfertur. Id autem erat conditionale. Translationis verba hæc sunt: quod Titio legavi, id Seju do lego. *L. sicut.* 5. *de ad. leg.* Si nun conditio personæ cohæreat: veluti, si quis uxori legaverit susceptis liberis; pictori, si pinxerit; fabro, si domum exstruxerit. In quibus perspicuum est, mutata persona, conditionem repetitam non esse, ad quam prior persona necessaria fuerit. *d. L. legatum sub. de adi. leg.* Si tamen sub conditione herede instituto, substituamus, scriptum a Cajo est in *L. sub conditione.* 73. *de her. inst.* nisi eamdem conditionem repetemus, pure nos eum heredem substituere intelligi. An non igitur hoc priori definitioni contrarium esse putemus? Minime: nam ne in 7 legato quidam aliud probandum videtur, si quis priori legatario alium substituat, ut facere licet. *L. ut heredibus.* 50. *de legat.* 2. cum & utrobique ejusdem generis substitutio sit, & quod de heredum substitutione dicitur, idem in legato eodem modo relicto recipiendum esse scriptum legamus in *L. Titius.* 24. *& seqq. de her. inst.* At enim & in substitutione hereditas ab institutis transfertur ad substitutos. Hoc an recte dicatur, alii viderint. Ego quidem non arbitror: cum id transferri dicatur, quod uni ademptum, ad alium traducitur; in substitutione autem non institutis hereditas adimatur, qui si velint, & possint, heredes futuri sunt: sed his deficientibus, substituti vocantur. Neque quisquam translationem legati nisi in ademptione nominat. *Inst. de adem. leg.* Substitutionem denique nemo translationem vocat. Sed sive huc recte dicatur, sive secus, ad rem nihil nunc referre puto. Hoc dico, plurimum interesse, utrum res ex substitutione transferatur ad aliquem, an ex prioris ademptione, de quo nunc agitur. Si substitutio est, ideo non eadem conditio repetita in substitutionem intelligitur, quæ in legato adjecta fuerat; quia cum utrique datum sit & priori pure, & posteriori sub conditione si prior ille ad legatum non pervenerit: aliud atque aliud legatum diversis datum intelligitur. Quod in heredum institutionibus, & substitutionibus magis cernitur, in quibus nemo ambigit, quin alia

aliquid proponens, siquidem id perfecerit, valet: Sin minus, ad provisionem legis pœnitentia prioris consilii, quæ ad mortem usque licita, reversus creditur, uti hic in d. L. 2. accidit in partium distributione, quæ si omittatur a testatore, fit a lege, partes æquales tribuente. Et sic accipi verba: *quasi duplici facta institutione* scilicet una humana, altera legali Contra si quis sibi aliquem actum proponat, nec expedierit, nec quidquam Lex in contrarium casum caverit, dispositio in actu contrario non subsistit. Ex. gr. *Filiæ, quam exheredabo* 100. *lego.* Non enim uti Lex disponit partibus non adscriptis æquales fieri; ita filiæ non exheredatæ legatum deberi. Sic in *d. L.* 6. *de leg.* 1. in casu contrario, quo Stichus suus non est tempore mortis, nihil cautum reperitur, neque ab homine, neque a lege; quocirca dispositio vitiatur. Ita Gribaldus

7) *L. un.* §. *sin autem* 7. *in fin. C. de Caduc. toll.* vid. Duaren. *ad Tit. D. de Vulg. C.* 1. *fol.* 373. Ratio autem cur conditio in substituto non repetita traditur. *C. praeced.* Quæ petita ex voluntate defuncti melior, quam illa Nicol. Vallæ *de Reb. dub. Tr.* 14. *n.* 7. quia cum substitutus habeat suam, & propriam conditionem, cum alia adjecta onerari non conveniat. Idem tamen Valla a substituto legatarii conditionem repetitam censet per *L. un.* §. 4. *C. de Cad. toll.* Ex quo hoc inferri nequit. Nam illic gravamen conditionis implendæ injungitur iis, quibus lucrum per eum ordinem defertur, legato scilicet caduco. In quibus non est substitutus legatarii, sed immo in vers. *nisi & in hanc causam* ab iis excipitur. Nec enim tantum substituto locus, si legatum primus legatarius capere non *possit*, sed etiam, *si nolit.*

alia sit heredum institutio, alia substitutorum. *L.* 1. *de vulg.* At cum legati translatio est ex prioris ademptione: hic non aliud legatum est in posterioris persona, sed idem illud prius, quod transfertur in posteriorem. Nimirum ergo cum sua qualitate transferetur: proinde & cum sua conditione. Nam hac qualitate relictum fuerat.

XVI. Recepta eadem conditionis repetitio & in eo herede, cui eidem aliquid legatum est. Nam si herede ex parte sub conditione instituto, hoc amplius aliquid ei simpliciter legatum sit, placet, in legato eamdem conditionem repetitam videri, quod multis, nec dubiis locis testatum est, ut *L. avia.* 76. *L. duos.* 70. *D. de cond. & dem. L. cum servus. D. de cond. inst. L. ult. §. ult. D. de dol. mal. exc.* Nec tantum in herede prius sub conditione instituto hæc sententia recepta est: sed generaliter in omni eo, cui quid prius relictum est testamento sub conditione. Huic si quid postea lagetur verbis pure, eadem conditione datum videbitur: ut responsum est de eo, cui libertas sub conditione data est, cui eidem legatum est pure; quem conditione libertatis deficiente placet neque libertatem, neque legatum consequi. *L. qui filio.* 38. *§. si quis. illic, igitur cum servus. D. de her. inst.* Id hac ratione probatum videtur in voluntate testatoris, vel quod uni eidemque legando consentaneum est, testatorem eodem modo in utroque legato erga legatarium affectum fuisse; vel quod qui ei legat, cui jam ante aliquid dederat, videtur eo amplius, quam dederat, posterius hoc legasse, sive verbum hoc amplius exprimat, sive non exprimat. Illa quidem adjectione, *hoc amplius*, superiora repeti, etiam quæ ad diem, & conditionem pertinent, traditum in *L. si pure.* 54. *D. de leg.* 3. congruit *L. Libertis.* 108. *D. de cond. & dem.* Ut autem his verbis testator non utatur: tamen hoc in repetito legato solet adjicere, ut dicat, *item*, sive *præterea* eidem Titio fundum do lego. Jam vero & de his verbis idem traditum legimus in *L. in repetundis.* 63. *D. de leg.* 3. ubi hæc Juliani verba sunt: *In repetendis legatis hæc verba, quæ adjici solent, item dare damnas esto: & ad conditiones, & ad dies legatorum easdem repetendas referri Sabinus respondit.* Quinimmo ut hæc verba in posteriore relicto non exprimantur, [8] intelliguntur tamen; idemque juris etiam tunc esse placet. *d. L. duos.* 70. *de cond. & dem. d. L. cum servus, de cond. inst.*

XVII. Quod tamen dictum est, si quid sub conditione relictum sit primo: post deinde aliud pure, conditionem in sequenti legato repetitam videri: sic accipiemus, si modo utiliter conditio adjecta fuerit, aut constiterit institutio, legatumve, cui conditio adscripta est, ut aliqua saltem conditio fuisse intelligatur. Si contra fiet, tum quasi nulla conditio ab initio fuerit, sic nec in sequenti repetita videbitur. Conditionis inutiliter adjectæ exemplum hoc esto. Servo testator libertatem ita dedit, ille si meus erit, liber esto. Legatum vel hereditatem sine conditione ei dedit. Deinde eum alienavit. Marcellus respondit, deberi domino ejus legatum, vel hereditatem. Hoc ille in *L. servo.* 47. *D. de cond. & dem.* de rebus tamen ejusmodi, quæ non deberentur, si eadem conditione hæ datæ essent. Servo enim alienato, conditio defecisset. Cur ergo in his posterioribus non repetitur prioris relicti conditio? quia nec ea conditio libertati utiliter adjecta est, ut postea significat, & mox dicemus. Prioris relicti non consistentis esto hoc exemplum. Quidam heredem instituit, quandocumque mater ejus decessisset: deinde secundum heredem instituit, & ab eo legata ei, qui sub conditione scriptus erat, reliquit. Institutus heres viva matre decesserat, post quam dies legati cesserat, id est, mortuo testatore. Scribit Julianus, verius esse legatum deberi ejus heredi. *L. ab omnibus.* 104. *§. pen. D. de leg.* 1. Ex quo intelligitur, hoc sentire Julianum, conditionem in proposito legato non inesse; quæ si inesset, & pendente ea legatarius decederet, ad heredem ejus legatum non transferretur. *L. intercidit.* 59. *D. de cond. & dem. L.* 5. *quan. di. leg. ced.* Quam ergo hujus responsi rationem afferre possumus, ut ne hic institutionis conditio, ut in cæteris repetita intelligatur? Hæc vero ratio est, quod in cæteris institutionibus gradum valere intelligimus, quo & conditio adscripta est. Id ex eo intelligitur, quod & inde legatum eidem relictum est; quod nullum esset, nisi alii essent heredes una instituti. Hic institutionis gradus nullus est, utpote ex quo hereditas ab eo adiri non potuit, qui ante quam conditio exsisteret, decessit. Quid igitur superest, nisi ut eo gradu inutili constituto,

8) Dissentit Valla *d. Tr.* 14. n. 9. & 10. in separatis, & distinctis orationis clausulis, nec diem, nec conditionem, aut qualitatem, uni vel personæ, vel rei adjectam, videri in altera repetitam statuens, & firmans. Qui videri potest.

tuto, testamentum a secundo gradu incipiat? *L.* 3. §. *ult. D. de lib. & post.* Quo efficitur, nihil, quod eo gradu scriptum sit, velere, eoque nec conditionem, quæ institutionis pars fuit. Quod si hic conditio nulla est, non est, cur existimari possit repetita, quæ non est. Idque maxime vel ex sensu testatoris, qui hac conditione legatum relinquebat a substituto, si institutus non adiisset, id est, si nulla forat institutio. Sed etsi testator inutilem fecit libertatis hereditatisve dationem, quæ sub conditione data erit, eveniet, ut legatum, quod eidem servo pura datum erat, etiam sine libertatis conditione debeatur; quasi eadem opera & conditionam une cum libertate sustulerit. Quæ si in primo nulla est testatoris voluntate, ne in legato quidem ex ejus sententia ulla fuerit. Hoc Julianus idem respondit in eo servo, cui sub conditione libertas data est, & legatum præsenti die relictum; quem ait si vivo testatore manumissus, aut alienatus sit, legatum omnimodo ent ipsum manumissum, aut domum ejus consecuturum *L. qui filio.* 38. §. *penult. de hered. inst.* Quippe ut alienatione servi inutilis datio libertatis effecta est, qui nisi suo servo libertatem relinquere non potuit. §. *ultim. Instit. de sing. reb. per fideicommiss. rel.* Sic effecta est inutilis ejus manumissione, quia jam liber factus, amplius ex testamento libertatem consequi non potuit. Sed in his generibus legatorum voluntas testatoris conditionem legato adjectam volentis, ex præcedentibus, aut sequentibus in quibus telis conditio est, deprehenditur.

XVIII. Superest tertium, quod dixi esse ejusmodi, ut quamvis nulla alia proponantur relicta conditionalia, unde conditionis repetitio in aliis legatis colligatur: tamen in relicto existimetur inesse 9) conditio solum ex effectu testatoris. Id tale est. Nam cum pater filio instituto ita ab eo fideicommissum dedisset, ut heraditatem enm cum morietur, restituere juberet: fideicommissum a Papiniano conjectura pietatis sic acceptum est, si moreretur 10) nullis relictis liberis; his relictis, conditionem fideicommissi respondit defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur. *L. cum avus.* 102. *D. de cond. & demonstr.* Cui responso auctoritas major postea ex constitutionibus accessit. Exstant duæ constitutiones Justiniani, quibus hoc responsum nominatim confirmevit, non sine honorifica Papiniani mentione. Idemque ex professo auxit interpretatione: conjecturam pietatis, quam Papinianus nominat, adjuvens, & ratione confirmans. Ratio entem hæc est, quia, inquit, non est credendum, testatorem alienas successiones propriis anteposuisse. Ea pietas est, & caritas parentis in liberos. Constitutiones hæ sunt, *L. generaliter*, §. *ultim. C. de inst. & subst. L. cum acutissimi. C. de fideic.* Hoc etiam verius conjecisse Papinianum intelliget, si quis mecum hoc, quod in fideicommisso est, considerabit. Rogavit enim pater filium, ut restitueret hereditatem. At quando? Post mortem suam, si intra tricesimum annum decessisset. Unde intelligitur, voluisse patrem quamdiu filius viveret, hereditatem ab eo non discedere. Ad quos igitur eo mortuo eam potius redire voluit, quam ad patris filios? Pietas non patitur, ut ad alios potius redire eam voluisse existimemus; sive quod iidem filii

9) Gomez. 1. *Var. Resolut.* 5. *n.* 32. *& seq.* hujus tacitæ conditionis tres esse rationes: quæ tamen in unam verant conveniunt. (1) Credibile est, quod si de liberis filio nascituris cogitasset, non gravaturus fuisset, *d. L.* 102. *in fin.* (2) Ne videantur alienæ successiones propriis prælatæ *d. L.* 30. (quæ ratio est rationis præcedentis.) (3) Quando testator, vel Lex verosimiliter aliquid disposuisset, si de eo cogitaret, id habetur pro expresso *L.* 17. §. *ultim. de pact. L.* 3. *C. de inoff L.* 8. *C. de revocan. donat.* (Hæc ratio pars est primæ) Ibidem extendit hoc jus Gomez. sive extraneo debeat fieri restitutio, sive uni ex liberis testatoris, ut in specie *d. L.* 102. & licet qui remotioris gradus propiori substituti; item licet filii concepti sint post mortem testantis, item etsi pia causa substituta.

10) Quid si heres extraneus sit gravatus, ut post mortem restituat, an tacita hæc conditio insit? Negat Gomez. *d. loc. n.* 35 quia & LL. destituimur, & rationes superiores cessant. Quid si gravatum liberos habere scivit testator? Sunt qui & hic tacitam illam conditionem admittant. Sed adversa iis opinio in puncto juris verior, & fortior videtur, Gomez. *d. loc. n.* 36. (1) quia ratio illa deficit, conjecturæ voluntatis, quod non censeatur gravaturus si scisset. (2) quia & unica sciente filium præteriens exheredasse creditur. (3) alias vocaretur substitutus a testatore sub conditione: Si filii gravati omnes decesserint. (4) Actus dijudicandi secundum tempus præsens. Ergo simpliciter gravans habentem liberos et post mortem restituat, voluit, ut si statim contingaret mors, substitutus bona capiat. Et ita etiam Ang. Matthæus. 3. *Epit. Legat. C.* 13. *n.* 15. De conditione *si sine liberis* expressa vel tacita, ejusque interpretatione, ac innumeris quæstionibus late Peregrin. *de Fideicommis. Art.* 28. Simon de Prætis *de Interpret. ultim volunt. Lib.* 3. *Interp.* 3. *Dubit.* 1. *solut.* 2. & 3. & *dubit.* 3. *solut.* 2. Alex. Trentacinq. de *Substit.* F. 4. *C.* 7. & *C.* 11. *n.* 20. & *seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 28. *n.* 20. & *seqq.* usque ad n. 40. Gomez. 1. *Var. Resol.* 5. Cujac. *Consult.* 15. 19. 20. 22. 50. 51. 53. Fachin. 4. *Contr.* 51. & *seqq.* Nicol. Valla de *Reb. dub. Tract.* 14. *n.* 2. & 3. Chiflet. *Lib.* 2. de *Jure Fideicomm. C.* 13. & *seqq.* Matthæus. 3. *Epit. Legat. C.* 13. & *seqq.* &c. De moltum agitata, ac vexata quæstione an positi in hac conditione sint in dispositione, seu an ex testamento veniant, vid. Don. noster *ad L.* 1. *C. de pact. n.* 9. & *seq.* Duar. *de cond. inst. C.* 5. *f.* 4. 18. P. Greg. *d. C.* 28. *n.* 19. & *seqq* Simon. de Præt. *Dub.* 2. *solut.* 1. Trentacinq. *d. C.* 11. *n.* 20. & *seqq.* Hotom. *Ill. Q.* 13. Forcat. *Dial.* 50. & *seq.* Cujac. *Consult.* 30. & 35. Fachin. *d. C.* 52. Forst. 4. *de Success.* 2. *n.* 19. & *seq.* Matthæus. *d. Lib.* 3. *C.* 18. *n.* 11. & *seqq.* & *C.* 19. Chiflet. *d. Lib.* 2. *C.* 14. Towane. *Decis.* 96. A. Fab. 26. *de Err. Pragm.* 1. & *seqq.* 28. de *Error.* 8. 9. & 10. & 29. *Err.* 2. & passim.

Digitized by Google

filii ejus sunt, nec consentaneum est, si filium amavit, ejus liberos, suos nepotes non eodem amore complexurum: præsertim cum natura nos doceat amorem parentum in liberos increscere tempore, non minui; sive quod ne filium quidem amasse videtur, si liberis ejus eodem modo consultum esse noluit: eum pro affectu pater potius liberis, quam sibi tributum velit. *L. isti*, 8. *in fin.* *D quod met. caus.*

CAP. XXXII.

Quæ *Conditiones* jure pro conditionibus non habeantur, nec reddant legata conditionalia. Et an omnes recte adscriptæ sint implendæ, & quatenus.

Conditionum, quæ pro conditionibus non habentur genera duo; & quæ sint. I.
Conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, idest quæ tacito inesse videntur, non faciunt legata conditionalia. Cur id utile cognitu. Hujus generis duæ sunt; & quænam. II.
Cur conditiones, quæ tacite insunt, non faciunt legata conditionalia. III.
Quid si exprimantur. IV.
Conditionum, quæ jure improbentur, tres species. Quæ sint. V.
Conditio impossibilis sive institutionibus adjicintur, sive legatis, pro non adjecta habetur. VI.
Exceptio. VII.
Impossibilis conditio est, cui natura impedimento est, quo minus existat, ita ut a nullo possit impleri. Secus si possit ab aliis, licet nequeat ab herede, vel legatario impedito vel inopia, *vel* jure, *vel ordine a testatore constituto.* VIII. IX.
Item hæ omnes conditiones pro non adjectis habentur in testamentis, quæ juri, & bonis moribus *sunt contrariæ.* X.
Quæ legibus adversantur legato non nocent, & si illud testator alii restitui velit, nisi ejusmodi conditioni pareatur. XI.
Quæ nam contra bonos mores esse dicantur. In his duæ obscuriores; & quæ sint. XII.
Conditio si non nupserit, *legibus remissa.* XIII.
Quatenus. XIV.
Quid si ad tempus testator vetet nubere. XV.
Quid si vir uxori legaverit hac conditione si non nupserit, quandiu liberi, quos reliquit, impuberes erunt. XVI.
Interdum injungi videri viduitatem etiam ex hac conditione si mulier Titio nupserit. *Accidere duobus modis. Explicantur.* XVII.
Quid si alii legatum sit hac conditione si mulier, *cui nihil legabatur*, non nupserit. XVIII.
Quid si mulieri hac eadem conditione servus legatus, isque, si ea nupserit, liber esse jussus sit. XIX.
Quatenus superiori juri in viduis derogarit Justinianus. XX.
Conditio jurisjurandi *quæ sit; & quatenus edicto prætoris remissa.* XXI.
An illud ad omne jurisjurandi conditionem pertineat. XXII. XXIII.
Conditiones derisoriæ *quæ. Quando pro non scriptis habeantur.* XXIV.
His remotis, reliquæ omnes adimplendæ, si minus in totum, at quatenus possunt pro ut testator sensisse videbitur. Si plures adscriptæ: si quidem conjunctim, *omnes; si* separatim, *unam si* diversis locis, *novissimam impleri sufficit.* XXV.
Si conditio jam vivo testatore tempore testamenti sit impleta, ac is sciat, iterum expectanda, modo iterum fieri possit; sin ignoret, satisfactum est. XXVI.
Quæ secundum verba exacte nequit, impleri tamen debet quatenus potest. Et si nullo modo possit, implenda tamen ad mentem testatoris pro ut is sensisse videbitur. XXVII.

I. Conditione inventa, sequebatur vis ejus, de qua cognosceremus; si quidem omnes conditiones jure pro conditionibus haberentur. Quod si non habentur omnes, naturæ ordo postulat, ut prius, quænam hæ sint, cognoscamus. Non omnis vero conditio, quæ legato inest, etiam quæ conditionis forma vere in futurum concepta sit, in ea caussa est, ut jure pro conditione habeatur. Quæ non habentur, earum duo sunt genera. Unum earum, quæ tacite insunt: Alterum earum

quæ

quæ ex testamento venientes, jure improbatæ pro non adjectis habentur. De his, quæ tacite iusunt, sic Papiniani definitio est in *L. conditiones.* 99. *D. de cond. & dem.*

II. Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, idest, quæ tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia. Conditiones ex testamento venientes vocat, quæ ex voluntate testatoris sola veniunt: sive quæ ideo intelliguntur in legato, quia testator adjectas esse voluit, ac nisi vellet, in legato extrinsecus futuræ non essent. Extrinsecus & aliunde venientes eas, quas tacite inesse dicit. Hujus generis sunt, ut supra ostendimus, quæ insunt aut natura rei legatæ, aut juris potestate. Natura rei, ut si legentur fructus fundi, partus ancillæ, in quibus inest hæc conditio, si nascentur. *L.* 1. *in fin. de cond. & dem.* juris potestate conditio hæc, si hereditas adita fuerit. Hoc enim jus facit, ut non debeantur legata, nisi ex quo adita est hereditas. [1] *L. omnia.* 32. *D. de legat.* 2. *L. servum.* 44. §. 1. *L. si tibi homo.* 86. §. *cum servus. D. de legat.* 1. Hujusmodi conditiones, inquam, non reddunt legata conditionalia. Non quod aut fructus peti possint ante, quam nati sint; aut reliqua omnia ante, quam adita fuerit hereditas, sed quod dilatio hæc omnis, quæ superioribus conditionibus injicitur, similis est diei dilationi, quæ facit, ut prius, quam dies venerit, res peti non possit: at nihilominus ante debeatur. Utile cognitu ad eam rem, ut sciamus, quamvis legatarius nondum præceptis fructibus, aut nondum adita hereditate decesserit, non ideo legatum, intercidere; sed, ut accidit in his, quorum jam dies cessit; ita legatum transferri ad ejus heredes. Quod contra futurum erat, si legatum fuisset conditionale. *L.* 5. *D. quan. di. leg. ced. L. intercidit.* 59. *D. de cond. & dem.* Id vero Ulpianus sic explicat in *L. heredis.* 7. *D. quan. di. leg. ced.* heredis aditio, inquit, moram quidem legati petitioni facit: cessioni diei non facit. Proinde sive pure institutus tardius adeat; sive sub conditione per conditionem impediatur: legatarius securus est.

III. Cur ergo si hæ conditiones non sunt, conditiones vocantur? Aut si sunt conditiones & legato insunt, qui licet dicere eas non facere legata conditionalia? Hoc enim perinde esse videtur, ac si quis dicat, cum in legato conditio insit, conditionem tamen non inesse. Res sic habet. Jure hæ conditiones sunt, ut, quibus deficientibus, nihil debeatur. Voluntate testatoris conditiones non sunt. Quam si quærimus, non alia esse reperietur, quam, ut herede instituto, statim post mortem suam adeatur hereditas, ne qua mora ipsius voluntati, & iis, quibus quid statim præstitum voluit, adferatur. Non esse etiam ex voluntate, liquet ex eo, quod etiam si eas testator detractas velit, non quaant non inesse. Jam vero voluntas testatoris est potior. Ea in testamentis totum facit. *L. ex facto.* §. *rerum D. de her. inst.* Denique in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, easque regit conditiones. Ut Ulpiani definitio est in *L. in conditionibus,* 9. *in princ. D. de cond. & demonstr.* Usque adeo autem verum est, conditiones supra scriptas, quæ tacite insunt, non efficere legatum conditionale, ut quanvis nominatim a testatore expressæ sint, nihil tamen legato noceant. Ut si fructus leget ex fundo Tusculano, si nascentur; aut heredem fundum Titio dare jubeat, si hereditatem adierit. *L. heredis.* §. *tractari. L. cum illud. in fin. D. quan. di. leg. ced,* Hinc illud legatum dictum sine conditione esse, Stichus si meus erit, liber esto. *L. servo,* 47. *D. de cond. & demonstr.* Tantum ideo, quia etsi superior conditio adjecta non esset, potestate tamen juris inesset. Quandoquidem nemo servus ex testamento directam libertatem assequi potest, nisi qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo testator testamentum facit, & quo moritur. §. *ultim. Instit. de sing. reb. per fideicommiss. rel.* Hinc illa tutoris datio non inutilis, ille tutor esto, si satisdederit: quanvis constet tutorem sub conditione frustra dari a magistratu. *L. muto.* §. 1. *D. de tute.* Quippe hæc adjectio, *si satisdederit,* conditionem habet, quæ & in pure dato tutore vi ipsa locum habeat. Non enim alia lege, qui dati sunt tutores ad tutelam admittuntur jure, quam si satisdederint. *C. de tut. qui non satisdedit.* Quæ potest igitur afferri ratio, cur hæ conditiones quanvis insertæ a testatore non faciant conditionem, cum voluntas testatoris accesserit? Nempe hæc, quæ & redditur a veteribus: quæ conditiones non expressæ sua sponte inessent, eas expressas esse supervacuas, & frustra adjici. Quod autem tale sit, id perinde habendum, quasi nec adjectum foret. *L. Cornelius.* 69. *D. de hered. inst.* Admonitionem magis, & demon-

1) *L. aliquando* 107. *h. t. L.* 3. *de leg.* 1. ubi Duarenus hujusmodi adjectionem figuram, non vim conditionis habere.

monstrationem eam adjectionem contineτe, qua declaretur, quando legatum debeatur, quam conditionem; ut scilicet potius quia testator ita relinquere cogeretur, quam quia vellet ullam moram legato injicere, ejusmodi conditiones inseruisse existimetur. Hoc Ulpianus in *L. in conditionibus*, 19. §. 1. *D. de cond. & dem. L. muto.* §. 1. *D. de tut.* sed addit hanc exceptionem, nisi aperte doceatur, testatorem hoc animo fuisse, ut faceret conditionem. *d. L. in conditionibus*, 19. §. 1. *de cond. & dem.*

IV. Sæpenumero tamen mutari rei effectum Marcellus scribit, quamquam id expresserit testator, quod etsi non fecisset, inesset tamen. Hoc ille in *L. servo.* 47. *in fin. de cond. & demonstr.* neque ubi mutetur, exprimit. Quod nobis explicandum est. Et generaliter definiemus id accidere, quoties quod exprimitur, non per omnia eodem modo intelligeretur, si expressum non esset. Sic enim fieri apparet, ut non frustra intelligatur adjici conditio, quæ tacitæ, atque intellectæ vim, & qualitatem mutat. Quin etiam recte dixerimus eam conditionem non exprimi, quæ tacite inest, si alia est, aut aliam vim habet ea, quæ exprimitur. Exemplo est hoc legatum, illi fundum Tusculanum do lego. Propone legatum pure eo modo, quo jam proposui. Semper tamen hæc conditio tacite inest, si legatarius voluerit. Neque enim liberalitas invito acquiri potest. *L. hoc jure.* §. *non potest. D. de donat.* At si ita expressum sit, illi, si volet, do lego; placet legatum esse conditionale, & non aliter ad heredem transire, quam si legatarius voluerit: quamvis alias sine adjectione, *si volet*, legatum ad heredem legatarii transmitteretur. Hoc Cajus in *L. si ita legatum.* 65. §. 1. *D. de legat.* 1. & addit: *aliud est enim juris, si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimatur.* Eadem ejusdem Caji definitio de hac specie exstat in *L. si ita expressum.* 69. *D. de cond. & dem.* Cur ergo hic aliud valet conditio expressa, quam cum non expressa tacite inest? Quia non eadem conditio est, quæ intelligitur, eadem quæ exprimitur. Certe utraque non idem efficit. [a] Nam illa conditio, *si legatarius voluerit*, legato adjecta, hanc habet sententiam, ut ne aliter legatum ejus fiat, quam si voluerit. Nulla talis conditio inest, si non exprimatur. Intelligitur hæc quidem, si voluerit; sed hoc sensu, ut ne prius legatum perfecte, & irrevocabiliter fiat ejus, quam ad se pertinere voluerit. Potest enim nondum aperte agnitum repudiare. Cæterum potestate juris legatum jam a principio legatario acquiritur etiam ignoranti, ut exinde ejus factum esse certo dicatur tunc, cum postea id agnoverit. *L. cum pater.* 77. §. *surdo. L. legatum.* 80. *D. de legat.* 2. *L. si tibi.* 86. §. *cum servus. de legat.* 1. Quod si tacita conditione non prius acquireretur legatum, quam si legatarius voluisset, non efficeret ullo modo hæc conditio adjecta, ut legatum esset conditionale, sed adjectio, quæ nihil amplius efficeret, pro supervacua haberetur. Quod licet animadvertere in herede extraneo, qui quia non ante fit heres, quam si voluerit, cui denique hereditas nisi destinatione animi non acquiritur: ideo placet, sive simpliciter instituatur heres, sive hac conditione, si volet, æque heredem futurum, & hanc conditionem, *si volet*, expressam, quia nihil adjiciat, aut mutet, supervacuam futuram. *d. L. Cornelius.* 69. *D. de hered. inst.* Sit & superioris distinctionis exemplum in hac specie, cum Titio legatur quid, si Mævius voluerit, & si Mævius in Capitolium ascenderit. Nam hac conditione si Mævius in Capitolium ascenderit, placet legatum valere, ubi tamen inest hæc conditio, si Mævius voluerit: quoniam is non ascendet, nisi volet. Illa autem conditione expressa, *si volet*, juris certi est legatum esse inutile. Ut in hac quoque specie appareat, non idem juris esse, utrum conditio intelligatur tantum, an etiam verbis exprimatur. *L. nonnunquam.* 52. *D. de cond. & dem.* Quod & institutionibus heredum receptum est. *L. si quis Sempronium.* 68. *D. de hered. inst.* Cur ergo hic aliud juris in conditione expressa, aliud in tacita, quæ nihilominus intelligatur? Quia & hic alia est conditio, quæ exprimitur, alia quæ intelligitur. Nam hæc conditio, si Mævius in Capitolium ascenderit, habet illam quidem conditionem inclusam, si Mævius voluerit: sed non solam. Hoc enim adjicitur, si volet ascendere, & ascendet: nec quidquam ex hac conditione profuerit voluisse Mævium, nisi ascenderit. At quam multa accidere possunt, ut cum volet, non queat ascendere? Quod si erit hæc adjectio, si Mævius voluerit, non hoc quæ-

a) Sed Duaren. *ad d. L.* 3. responsionem hanc nec tutam, nec firmam esse, licet utramque defendi posit. Ipse præfert responsionem Ripæ ad *d. L.* 3. *n.* 35. In conditione *si volet* adjecta, *velle*, significat factum personale, nec ad heredem transit *l.* 4. *locati* vid. & *supr. C.* 15. *N.* 2.

quæretur, ut Mævius ascendat, sed simul atque Mævius voluerit, legatum debebitur. Inter quæ multum interest. Sane in hoc genere conditionum, quæ tacite insunt, si quæ sint, quas lex institutioni, aut legato adjici vetet, vere in universum dicturi sumus non idem iuris fore, si quæ tacite continentur, & si verbis non exprimantur: quanvis quæ continentur tacite ejusmodi sint, ut non expressæ eædem prorsus futuræ fuerint. Fit enim, ut quoniam lex conditionem addi vetat, si ascripta sit, noceat, quia ea adjecta contra legem factum sit. Cum si expressa non sit, contraria de caussa nihil noceat. Nec refert, inquam, utrum alia conditio futura fuerit, an prorsus eadem, quæ intelligeretur. Quod Pomponius hoc exemplo declarat in *L. si quis Sempronium*. 68. *D. de hered. inst.* Titio herede instituto, pater filium ita exheredavit: cum heres erit Titius, filius exheres esto. Ait, nullius momenti fore [3] exheredationem, quia scilicet leges filium sub conditione exheredari vetent: quanvis certum sit, etsi pure sit exheredatus filius, non aliter exheredationem valere, quam si heres ex testamento exsistat. Quod sane non ad inutilitatem adjectionis, sed ad juris prohibitionem referendum est. Verba enim si spectemus, otiose adjicitur ea conditio, quæ non expressa eodem modo intelligeretur. Si jus, non otiose: cum eo spectet adjectio, ut aliquid contra jus fiat: quod lex valere non patitur. Manebit igitur, conditiooes quæ tacite insunt, non facere legata conditionalia. Si quidem non exprimantur, semper ita jus esse. Si exprimantur, nihilominus idem jus fore, si modo expressa nihil amplius adjiciat. Quæ ergo conditiones vere pro conditionibus habentur, & legata reddunt conditionalia? Solæ nimirum, quæ ex testamento veniunt, id est, quas testator ipse legato inseruit. Aut insertas esse voluit ita, ut nisi adjici vellet, aliunde futuræ non fuerint. Quæ unde intelligantur, ante dictum est.

V. Et tamen ne hæ quidem omnes, quæ a testatore veniunt, sunt bujusmodi. Quædam sunt ex hoc genere, quæ jure improbatæ pro non adjectis habentur, ut proinde adjectæ non magis legata reddunt conditionalia, quam si omnino adjectæ non essent. Quod fuit genus alterum earum conditionum, quas dixi pro conditionibus non haberi. Earum species sunt tres, impossibiles, juri aut bonis moribus contrariæ, & quæ dicuntur derisoriæ. Quæ genera etiam supra a me posita sunt bujus libri C. XIV. de quibus hoc loco me dicturum sum pollicitus, quod nunc exsolvam.

VI. Principio omnes remittuntur, proque non adjectis habentur in testamentis. quæ sunt impossibiles, sive institutionibus adjiciantur, sive legatis, aut fideicommissis, vel libertatibus. *L.* 3. *D. de cond. & dem. L.* 1. *D. de cond. inst.* §. *impossibilis. Inst. de her. inst. L. ab omnibus.* 104. §. 1. *D. de leg.* 1. Sed hoc, inquam, in testamentis ita jus est, ut adjicitur in *d. L.* 3. *& L.* 6. *in fin. D. de cond. & dem.* In contractibus placet omnem implendam esse conditionem, quæ adjecta est, aut nihil deberi. Ita fieri, ut impossibili conditione adjecta, qua quid promissum sit, quia certum est conditionem exsistere non posse, nullius momenti esse intelligatur, quod actum est. *L. non solum D. de obl. & act.* §. *si impossibilis. Inst. de nat. stip.* Cujus differentiæ rationem diligenter exposui ad *L. impossibilis.* 7. *D. de verb. obl.*

VII. Hæc tamen in re, ut in cæteris ad testamentum pertinentibus voluntas testatoris dominatur. Quid enim, si certum sit testatorem credidisse fieri posse, quod in conditione posuit, & caussam fuisse, cur crederet, quod tamen reipsa amplius fieri non poterat? Nonne dicemus, quia secutum non sit, quod testator expectabat,

3) Duaren. *d. loc.* admitti hanc subtilitatem, ut per conditionem, quæ per se inest, adjecta vitietur exheredatio, ab odium exheredationis *L.* 19. *de lib. & postum.* Sed vera, eaque firma hujus rei caussa mihi videtur habere in *L.* 3. §. 2. *de li & postum.* ubi dicitur, impossibile esse filium post aditam hereditatem submoveri. Ex intimo igitur jure hoc opinor, non, ceu noster, ex speciali LL. prohibitione. Nimirum quia filius vivo patre dominus, & post mortem illius dominium in eum, ex L. dispositione, continuatur, non potest locus esse instituto ante submotionem filii, vid. *not. supr. L.* 6. *C.* 13. *N.* 1. & Gom. 1. *Var. Res.* 11. *n.* 1. ne admittatur duorum dominorum in bona defuncti concursus, contra non juris solum, sed & naturæ rationem. Idcirco exheredatio filii semper ac necessario, saltem ordine naturæ, & intellectus, prior est institutione alterius, sive is æque filius (nam ratione partis fraternæ in hoc eadem ratio) sive extraneus. Atqui conditionalis institutio, & generatim quicunque actus, cui conditio adjecta, & sic quoque exheredatio conditione posterior. Unde apparet, necesse in exheredatione, sic statui, nec aliter, per superiorem juris rationem posse. Nam qui ita exheredat. *Si Cajus heres erit*, vel si hereditatem adierit, *filius exheres esto*, vult Cajum prius esse heredem, & deinde filium exheredem. Atqui hoc præposterum, cum antea filius debeat esse exheres, postea Cajus heres. Quocirca obstat aditioni Caji exsistentia filii nondum remoti. Nec his contrarium quis putet quod non adita hereditate exheredatio non valere dicitur *L.* 20. *pr. cont. tab.* Non enim is sensus est, quasi aditio, & sic factum extori, potius quam judicium paternum, filium bonis excludat, quod absurdum est: sed quod sine ea cum nihil in testamento scriptum valeat, nec judicium testatoris quoqua ad exheredationem effectum sortiri possit: vid. *not. Li.* 7. *C.* 2. *N.* 3. Et ita videtur.

bat, legatum ex ipsius voluntate non deberi? Quod Papinianus in hac specie respondit. Testator servo manumisso, quem liberum esse ignorabat, fideicommissum ita reliquit, si ad libertatem ex testamento pervenerit. Is postea ingenuus pronuntiatus est, ut appareat, non potuisse eum ex testamento libertatem accipere, idest, non potuisse conditionem per rerum naturam exsistere. Ait Papinianus fideicommissarium hunc non modo fideicommissum non consequi, si petat: sed etsi prius acceperit, conditione teneri. Hoc ille in [4] *L. servo.* 58. *D. de cond. inst.* Recte: nam testatorem voluisse sequi id, quod in conditione posuerat, aut alioqui nihil deberi, ex eo apparet, quod putavit, id ipsum fieri posse. Quod si vere potuisset, nemo dubitaret, quin nisi secutum esset, nihil deberetur.

VIII. Impossibilem conditionem Justinianus ita definit in §. *impossibilis. Instit. de inut. stip.* ut sit ea, cui natura impedimento est, quominus exsistat. Veluti, si illo digito cælum tetigerit, si servum, qui decesserat, manumiserit, dederit, §. *si impossibilis. L.* 6. *in fin. D. de cond. & dem.* Quæ definitio multa explicat, quæ in hoc genere dubitationem adferre videbantur. Ac primum hic intelligi debet, impossibilem conditionem non dicere nos, quæ heredi, aut legatario, aut promissori sit impossibilis; sed quæ natura rei talis sit, ut neque ab hoc, neque ab alio possit impleri. Cui consequens est, ut si qua tam difficilis conditio institutioni, legatove injecta sit, ut ei parere heres, aut legatarius non possit, cum alioqui possit præstari, quod in conditione est. [5] Non ideo, hac rejecta tanquam impossibili, ille heres esse possit, aut hic legatum capere; sed potius institutio non valeat, non legatum debeatur; ut Paulus de eo servo probat, cui sub hac conditione libertas data erat, si millies heredi dedisset: id est, eam summam, quam nullo modo servus posset conficere. Hoc enim *millies*, valet millies sestertium, id est centena millia sestertiorum, ut Budæus in libro de asse docet, & ad monetam nostrorum temporum conficere ostendit eam summam, quæ excedat vicies quinquies centena millia aureorum nummum, quibus hodie utimur. Scribit igitur Paulus libertatem hoc modo inutiliter datam. *L.* 4. §. 1. *D. de statul.* Et recte; hæc enim summa natura expediri potest. Non potest a servo. Sed hoc, ut eleganter alibi Venulejus dixit in simili re, recedit ab impedimento naturali, & ad facultatem personæ, id est, commodum, incommodumve legatarii pertinet. *L. continuus.* 137. §. *illud D. de verborum oblig.* Plus dico, etsi legatarius nunquam conditioni parere potuit jure ipso impeditus, non aliqua privata rei familiaris difficultate: si tamen ea fuerit conditio, ut natura præstari posset, quod ex conditione fieri debebat, impossibilem conditionem non esse, ac propterea nec legatum deberi. Fingamus testatorem ita scripsisse: Pamphilus si quod Titio debeo, solverit, liber esto. Cum debuisset, post testamentum factum pecuniam exsolvisse: defecisse conditionem Papinianus respondit in *L. cum tale.* 72. [6] §. *penult. D. de cond. & dem.* Et tamen neque mortuo testatore Pamphilus pecuniam solvere potuit, quæ jam debita non fuit: neque vivo, quia non nisi mortuo testatore conditioni recte paretur. *L.* 2. *eo. tit.* Nimirum hoc intelligit, satis esse, quod in ea caussa fuerit pecunia, ut solvi potuerit natura, etiamsi hoc secutum est postea, ne unquam solvi posset.

IX. Ne illa quidem conditio impossibilis judicanda est ex superiore definitione, quæ natura impleri potest; sed & ordo rerum a testatore constitutus ad implendum difficultatem, aut impossibilitatem attulit. Quo in genere est illa species quæ refertur in *L. si Titius*, 16. *D. de cond. inst.*

4) Ubi repetitio est non propter vitium conditionis, quæ impossibilis, sed propter errorem testatoris in statu personæ, Gilb. Reg. 1. *Enam.* 6. Duar. *de Cond. indeb. C.* 4. *cir. fi.* nullam esse impossibilitatem *in d. L.* 58. quæ in re ipsa spectatur; nec naturam illis impedire, quo minus conditioni pareatur. Et Pac. 4. Q. 13. non ibi esse conditionem impossibilem, sed deficere; quia, inquit, per sententiam falso pronunciatus fuit ingenuus cum revera servus esset, ut ipsa verba doceant *servo manumisso.* Et recte. Vocula autem *manumisso* non ad alium referenda, quasi sensus sit, quem ignorabat manumissum ab alio, sed sensus: Eidem servo, cui libertatem testamento adscripserat, fideicommissum dedit, &c. Sarmient. a. *Select. Interpr.* 1. (ubi late h. L. explicat,) vult, conditionem *si liber fuerit*, Servo putativo jam ante libero, non deficere, cum sufficiat eam ante testamentum esse impletam; quia non iterabilis per dicta *infr. N.* 17. Repeti autem in *d. L.* 58. fideicommissum non indebitum non ob defectum conditionis, sed ex speciali ratione, quæ in *L.* 1. *C. de ingen. man. L. ult. princ. C. Quib. ad lib. proclam. non lic. &c.* Quod non placet. Sed hic expendere non vacat.

5) Ita & Ant. Fab. 6 *Conject.* 11. Cujac. 21. *Observ.* 39. non esse eam conditionem impossibilem, sed difficilem, quæ non remittitur, & Pac. 4. *Quæst.* 13

6) Errat igitur Gothofredus qui post Accursium, quem refert, adnotat in *d.* §. *pen.* ideo valere libertatem ob illius favorem. Nam imme verba § aperte ostendunt non valere, & ita demum valere, *si nihil fuit debitum*; ut plane mirer, quid errori Accursii caussam dederit. Nec aliud statui debet ex probabili mente testantis. Si nihil debitum testamenti tempore, falsa conditio pro non adjecta, ex eadem ratione, qua impossibilis, quia non creditur legando ludere, & nihil agere voluisse, vid. *Lib.* 8. *C.* 18. *N.* 11. Sin debitum, & ipse testator fecit, quo minus conditio impleri possit a legatario, ea facto ostendit, se legatum ademptum velle, & prioris voluntatis pœnitere.

inst. Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto. Et hæc institutio ita prorsus concepta, ut conditio exsistere non possit. Est enim uterque hac conditione institutus, si alter prius hæres esset. At non patitur hæc eadem institutio, ut alter prius heres fiat. Sit enim Titius heres. Non fiet alia conditione, quam si Sejus jam heres erit. Atqui hunc ipsum prius heredem fieri non vult; sed hac conditione, si prius Titius esset. Quod cum in persona ejus contingere non possit, ut quidem fuit ejus institutio, 7 neuter ex conditione heres futurus est. Verum hoc conditionis qualitas non facit. Quis enim dubitat, aliquem heredem fieri posse? Sed scriptura testatoris incertum fecit, utrum prius heredem esse vellet, sine quo alter non possit heres exsistere. Et ideo Julianus in hac specie non utrumque heredem fore ait; quod futurum erat rejecta conditione, si quidem esset impossibilis; sed inutilem esse institutionem: ut quæ sub conditione possibili scripta sit; sed hujusmodi, quæ cum in duobus heredibus prius impleri debeat, certum non sit, in utro prius debeat ex scriptura testatoris.

X. Est impossibilibus vicinum genus earum conditionum, quæ contra leges sunt, eaque quæ legis vicem obtinent, aut sunt contra bonos mores: id est, in quibus id fieri jubetur, quod leges improbant, aut boni mores. Certe & hæ similiter in testamentis pro non scriptis habentur, ac perinde ac si conditio hereditati, aut legato adjecta non esset, ita capitur hereditas, legatumve. *L. conditiones quæ L. conditiones contra. D. de cond. inst. L. non dubitamus.* 20. *D. de cond. & dem.* Idque maxime hac ratione, quod sint & ipsæ impossibiles: non quidem natura, sed tamen jure. Præclare enim de hoc genere ita scribit Papinianus, quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, &c, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est. *L. filius. D. de cond. inst.* Unde mirum videri potest, quod idem Papinianus eodem loco de filio sub ea conditione, quam dicimus, instituto scribit, hunc nimirum infirmare testamentum patris, quasi sub ea conditione scriptus sit, quæ non sit in ipsius potestate. *d. L. filius. de cond. inst.* Nam illud videbatur debere dici potius, si nobis constare vellemus, filium ex testamento heredem fore, ut conditio pro non scripta habeatur. Et sane in extraneo herede instituto inutiliter adjectam diceremus. Sed non eadem filii ratio est. Nam hunc sub ea conditione institui quæ in potestate ejus non sit, leges vetant. *L.* 4. *C. de inst. & subst.* Eo fit, ut si ejusmodi aliqua conditio adjecta sit, non ea rejiciatur, sed ipsa inutilis sit institutio, hoc solum nomine, quia contra leges facta sit.

XI. Adeo autem conditiones, quæ sunt contra leges, legato non nocent, quamvis impletæ non sint; ut si testator hac conditione legatum id restitui voluerit, si conditioni paritum non esset, nihilominus peti possit, quamvis paritum non sit, nedum acceptum restitui debeat. *L. quoties.* 22. *D. de cond. & dem.* Atqui poterat testator ab initio non dare. Cur non igitur & postea arbitrio suo adimere potuit? Quia enim adimit, aut restitui jubet ea conditione, si conditioni paritum non esset, pœnæ caussa adimit eo, quod factum non sit, quod lex vetat. §. *pœnæ. Instit. de leg.* Absurdum est autem pœnam in quemquam statui ideo, quod legi paruerit. Laudandus est potius, quia id fecerit. *L. quidam. D. de cond. & dem. L. reprehendenda. C. de inst. & subst.* Adde, quod ea adjectio, sive ademptio in fraudem legis est. Comparata est enim eo, ut contra legem fiat. Hinc constitutione Justiniani etiamnum observatur, ut quæ pœnæ caussa in hoc genere adimuntur, in his ademptio non valeat. Quæ constitutio & ad conditiones impossibiles eodem modo pertinet, si puta pœna caussa ademptum sit legatum eo, quia legatarius, quod facere non poterat, non fecerit §. *ult. Inst. de leg. L. unica. C. de his quæ pœ. nom. rel.*

XII. Quid legibus, Senatusconsultis, plebiscitis, constitutionibus principum, edictis prætorum vetetur, unoquoque genere proposito intelligetur. Contra bonos mores autem non male dicemus esse eas conditiones, quæ sunt contra pietatem, religionem, humanitatem. Cujus generis hæ, Titio do lego si ab hostibus patrem suum non redemerit; si parentibus suis, patronove alimenta non præstiterit. *L. conditiones quæ. de cond. inst.* Titius heres esto, si reliquias meas in mare projecerit.

7) Neutra conditio in *d. L.* 16. impossibilis, sed ambarum conjunctio efficit, ut res effectum habere nequeat, Duar. *de Cond. inst. C.* 4. Duæ sunt conditiones possibiles, quarum conjunctio reddit eventum impossibilem, cum sibi invicem sint impedimento. Quia enim par utriusque ratio non liquet utro tolli debeat. Pac. 4. *Quæst.* 13. & 7. *Quæst.* 98. Impossibilitatem perplexitatis hanc vocant interpretes, Baro in §. 10. *I. de her. inst.* De impossibili conditione plura Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 1. & 2.

cerit. *L. quidam. de cond. inst.* Titiæ decem, si a marito suo diverterit. *d. L. reprehendenda. C. de inst. & sub.* Et quæ sunt ejusdem generis. In quo hæc quoque habenda est, quam rejici a Papiniano responsum legimus, ne cui liceat a monumento, aut certo loco discedere, aut alibi domicilium habere: utpote per quam jus libertatis infringatur. *L. Titio. 70. §. Titio centum relicta. D. de cond. & dem.* Sane in his quædam ita remittuntur lege, aut edicto, ut obscuram habeant interpretationem. De quibus ideo visum est subjicere, quod ad earum explicationem pertineat. Hæ [8] duæ sunt. Una improbata legibus, si illa non nupserit. Altera remissa edicto prætoris, si ille juraverit se illud aut illud facturum. Quid contineant, & quatenus remittantur, videamus.

XIII. Jam primum lege remissam hanc conditionem, si non nupserit, innumeria locis traditur *sub tit. de cond. & dem.* quorum ego locorum summam ad sententiam legis, eorumque locorum, quibus de hoc genere agitur, explicandam breviter colligam. Legem quidem quæ fuerit, qua id cautum est, nusquam additum legimus. Neque nunc ad rem magnopere pertinet. Verisimile est tamen, si quis hoc requirat, legem accipiendam esse [9] Juliam de maritandis ordinibus, quam constat matrimoniia civium incitandis operam dedisse ita diligenter, ut nihil præmii, quod ad matrimonia invitando valeret nihil pœnæ, quod ad deterrendos a cœlibatu cives satis pro merito esset, ea lege prætermitteretur. Quod ex plerisque viris doctis nostræ ætatis, quorum sunt de legibus Romanis accurate scripti libri, cognoscere licebit. Ut igitur alia ad matrimoniorum conciliationem, sic hoc lex cavit, ne quod impedimentum inferretur nuptiis. Cujusmodi est, quod scribit Ulpianus in *L. adigere. §. ultim. D. de jur. pat.* lege Julia de maritandis ordinibus remissum esse jusiurandum, quod liberto in hoc oppositum est, ne uxorem duceret, libertæve, ne nuberet, si modo nuptias contrahere recte velint. Cui plane simile est, quod conditio *non nubendi* remittitur ei mulieri, cui hac conditione quid legatum est si non nupserit; ne alioqui forte metu legati non consequendi nuptiis prohibeatur. Sed sive hæc, sive alia lex est, legem certe hac de re fuisse constat, quæ toties in hoc genere appellatur, ut *L. sed si hoc 62. §. ultim. L. 63. L. 64. L. cum tale. 72. §. si arbitratu. L. mulieri. 74. D. de cond. & dem.* Ejus legis quantum colligere licet ex *d. L. sed si hoc 62. in extremis verbis. & L. cum ita legatum. seq. & L. mulieri 74.* sententia hæc fuit: si quid testamento datum, legatum erit ea conditione, qua viduitas capienti injungatur, idest, qua aut [10] mulier nubere, aut vir uxorem ducere prohibeatur: iis, quibus ita datum legatum erit contempta conditione perinde legatum capere licere, ac si conditioni paruissent.

XIV. Quæ sit conditio, qua viduitas injungatur, seu qua mulier nubere prohibeatur, ad sententiam legis quæritur. Et placet non omnem conditionem his verbis contineri, per quam mulier jubeatur non nubere; sed eam per quam jubeatur simpliciter id facere, non ad aliquem modum. Itaque si cui ita legetur, si certæ personæ non nupserit. Si Aritiæ, id est, certo in loco non nupserit, ad legem non pertinere, quia quæ ita jubeatur, possit alii personæ, & alio loco recte nubere. Ita fieri, ne videatur viduitas ea conditione injuncta. *L. cum ita legatum, 63. & L. hoc modo seq.* Sed hoc plane ita, inquam, si alii satis commode possit nubere, aut alio luco commode nuptias reperire. Neque enim videtur posse, quæ commode non potest. Et quidem verisimile est, cui hæc conditio deferatur, omnino non nupturam potius, quam cum incommodo suo alibi nuptias quæsituram. Lex autem utilis reipublicæ ad sobolem procreandam adjuvanda est interpretatione, ne quod scilicet nuptiis justum impedimentum inferatur, si conditio rata habeatur. *d. L. hoc modo, 64. L. cum tale, 72. §. si arbitratu.*

XV. Quid si ad tempus testator vetet nubere? Quoniam post tempus legataria nubere potest; & tamen interim nullo modo potest, fierique potest ut interim decedat; dubitatur, an conditio ad legem pertineat, nec ne. Julianus respondit pertinere, scilicet quia verum sit interim viduitatem injungi.

XVI.

8) Recte tamen Alb. Gentil. 1. *Lect. & Epist.* 1. hasce duas non propter ipsasmet improbari a lege, sed in nostram gratiam remitti, Quia sponte eis parere possumus.

9) Legem Juliam Miscellam hoc cavisse, Cujac. 1. *not.* Merc. 1. 2. & 3 Briss. 3. *Antiq* 3. *Arg.* L. 2. Cod. *de ind. vid. toll.* legem Juliam & Papiam. Balduin. *de L. Papia pag.* 86. arg. inscriptionis *d. L.* 64. vid. Robert. 1. *animadv.* 1. 2. 3.

10) Sive maritum habuerit sive non Nam & huic viduitas injuncta dici potest, cum & virgo vidua dicatur *L.* 242. §. 3. *de V. S.* Ovid. 1. *Fastor.* Et recte legatur virgini quoad vidua erit *L.* 22. *de ann. leg.* vid. Pithoe. 1. *Adv. Subsec.* 19. Gud. *in d.* §. 3. Scip. Gentil. *Orig. Li sing. p.* 304. *& seq.* & not. Frid. Taubmanni ex Grutero ad *Stich. Plauti. Act.* 1. *Sc.* 1. Non igitur inde recte movetur Rob. 1. *Animadv.* 2. ut statuet L. Jul. Miscellam non pertinuisse ad cœlibes, nuptias antea non expertas.

XVI. Illud excepit, nisi vir uxori legaverit hac conditione, si non nupserit, quandiu liberi, quos relinquit, impuberes erunt: huc spectans, ne mater interim alii nubendo eos deaereret. Hoc enim modo magis liberorum curam, quam viduitatem injungi. *d. L. sed si hoc*, 62. §. *ult. de cond. & dem.*

XVII. Jam cum dicamus, eam solam conditionem non nubendi remitti, per quam quis in totum uxorem ducere, aut nubere vetatur: hoc etiam adhuc dubitationem habere potest, quando id vetari intelligatur, ut ne stetur conditioni. De eo non dubitatur, si simpliciter ita legatum sit, viro si uxorem non duxerit; mulieri, si non nupserit. At quid, si ea conditio sit, si mulier Titio nupserit: ex qua non modo non prohibentur nuptiæ in totum, sed etiam hæ cum certa persona injunguntur? Et placet etiam ex hac conditione interdum viduitatem injungi videri; ac quibus modis id accidat, totidem fieri, ut hæc quoque conditio tanquam viduitatem obliqne injungens remittatur. Accidit autem id duobus modis. Uno, si jubeatur mulier nubere ei, cui honeste jungi non potest. Quæ enim Titio, exempli gratia, nubere jubetur, ea cæteris omnibus nubere prohibetur: si quidem pluribus nubere non possumus, ut nec plures eodem tempore uxores habere. §. *affinitatis. Inst. de nup.* Titio porro non videtur posse nubere, quæ honeste id facere non potest, *d. L. filius, de cond. inst.* Ita fit, ut hac conditione vi ipsa aperte mulier nubere prohibeatur. Altero modo idem fit, si addiderit testator, ut mulier arbitratu Titii nuberet. Hæc enim conditio, ai illius arbitratu nupserit, hoc efficit, ut illo non arbitrante, mulier omnino non nubat. *L. si quis arbitratu. & L. seq. D. de verborum obtig.* At enim fieri potest, inquies, ut Titius arbitretur. Nihil ad rem pertinet frustra enim exspectatur, quod etiam si non eveniat, nihil nocet. *L. si quis ita*, 33. *D. de hered. inst.* Ideo placuit, utrumque hoc genus conditionis adjectum non impedire, quominus mulier suo arbitratu nubendo legatum statim consequatur. De priore est in *L. cum ita*, 63. §. 1. *de cond. & demonstrat.* de posteriore in *L. filiæ*. 28. *& L. cum tale*, 72. §. *si arbitratu*, *eod. tit.*

XVIII. Illod ex iis, quæ diximus planum est, aic hanc conditionem, si mulier non nupserit, legato adjectam pro non scripta esse, si in personam legatariæ collate sit, ut hac conditione se ei legare testator dicat, si ipsa non nupserit. Quod si alii legatum sit hac conditione, si mulier, cui nihil legabatur, non nupserit: nihil hic legatario remittitur. *L.* 1. *C. de ind. vid. toll.* Non enim periculum est in hac caussa, ne si deficiente conditione legatario nihil dederimus, eo minus mulier nubat: cum sive nupserit, sive non nupserit, juxta ex legato nihil consequatur. Illic conditionem remitti fuit ex utilitate reipublicæ, cum muliere non nubente legatum ad eam ipsam rediturum fuit. Sic enim eveneri, ut si eam conditioni parere jusserimus, spe lucri illecta idcirco non nubat, ut ad legatum perveniat, quod reipublicæ est inutile. Interdum tamen accidit, ut minus nuptura mulier videatur, si legatarium hanc conditionem exspectare jubeamus, si mulier non nupserit. Quod fit, si aut ei legatum esse proponamus, qui mulierem in potestate habuit: veluti patri, si filia ejus non nupserit: aut ad eum eamve, qui uxorem ducere, quæve nubere prohibetur ex conditione, legatum rediturum est: veluti filiofamilias, aut filiæfamilias, si pater ejus uxorem non duxerit. Nam & illic pater coget filiam non nubere, ut ipse legatum consequatur; & hic uxorem non ducet, ut legatum per filium ipse acquirat. Itaque his casibus eodem modo conditionem remitti Papinianus auctor est; quia ad impediendas nuptias æque id pertineat. Quod si minus contra legem est: adjicitur certe in fraudem legis. *L. heres*. 79. §. *ult. de cond. & dem.*

XIX. Sed hæc lex uno casu locum non habet. Nam si servus legatus sit mulieri hac conditione, si non nuberet: quod si nuberet, idem servus liber esse jussus est: placet muliere nubente servum liberum fore, proinde nec legatum deberi. *L. Titio* 96. §. *ultim. eod. tit.* Et hoc nimirum est: favorabilis caussa nuptiarum favorabilis item libertatis sed hujus [11] potior. Ut si res in contentionem venerit, vincere debeat libertas. Quippe in hac plures favoris caussæ. Ut mulier nubat fructus reipublicæ hic est, quod nova sobole civitas augetur. Et servo manumisso hoc idem consequimur. Nam hoc facto civis quodammodo reipublice nascitur. Fit certe civis, qui manumittitur. §. *ult. Institut. de libert. L. in orbe de stat. hom.*

11) Hinc colligunt, conditionem viduitatis non remitti, si in ejus defectum vocetur pia caussa ad relictum. Tiraq. *Priv. pia caus.* 18. Vid. de hac conditione pluribus dimicantes. Cujac. & Rob. *dd. locis add.* Scip. Gent. *Lib. de Sec. Nupt. C.* 20.

hom. At illæ præterea caussæ, qood servus calamitate liberatur. Propensior autem esse debet liberalitas io ealamitosos, nt recte Cicero præcipit *Libro* 2. *Offic.* Et quod in postremis habeodum noo est, hoe modo voluntati testatoris paretor.

XX. Et hoe quidem olim. Secuta est Novella Justiniani, quæ superiori juri invidnis derogavit. Cavit eoim in uoiversum, si quid viduæ legatum sit hac cooditione, si iterum non nupserit: hnic conditioni paraodum, aut nihil deberi. Nec qnidquam interesse, utrum maritoa sit, nec ne, qui hanc conditionem legato dixerit: liberorum qui ex priore matrimonio nati sunt, caossa id fecerit, an non fecerit. Idem constituit, etsi viro legatum sit, si iterum uxorem non duceret. Sic tamen, ut utrobique legatarius, legatariave intra anoum legatum non petat: poat anoom vero capiat, sed prius præstita cautione de re cum fructibus restituenda, si cootra fecerit. Et adiicit, qnalis esse debeat hæc cautio pro genere legati, et conditiooe personæ legatarii; tum quæ sit actio ad recnperandnm legatum. Quæ melius ex ipsa coostitutione petentur. Hæc Justinianus *Novel. de nup.* 24. §. *quia vero.* Unde *auth. cui reclictum. C. de ind. vid. tol.*

XXI. Fuit altera conditio, quam dixi etiam nominatim remissam jore, sed edidieto prætoris, quæ & ipsa lncem desideret. Ea est conditio jurisjurandi, cum sic legatur alicui, si se daturum quid, aut factorum juraverit. Hanc remitti constat. *L. non dubitamus.* 20. *D. de cond. & dem. L. quæ sub conditione. D. de cond. inst.* Sed sciamus remitti hacteous, oon nt legatsrius non faciat, qood in conditione factornm se jurare debet, sed oe hoc ipsum se facturum jurare eogatur. *L. hæc scriptura.* 26 *de cond. & dem. d. L. quæ sub.* §. *quoties. de cond. inst.* Quid enim retulit testatoris, dum id fieret, quod vult, utrum juraret legatarius, an non jnraret, postquam aliter, qnam si id factum sit, ad legatariom non perveniator.

XXII. Sed nec ad omnem jnrisjurandi conditiooem edictnm pertioet. Primum hoc generaliter observandum, eam solum cooditionem jurisjuraodi a prætore improhari, per quam quis adigitur, ut jnret in [12] futurum se daturum: aut facturum. Sic enim de hoc jnrejurando verba concepta sunt in *d. L. quæ sub. D. de cond. inst. & L. hæc scriptura.* 26. *de cond. & demonst.* Scilicet quæ fotora sont, difficile præstantor, nac semper evenit, ut com promiserimus nos facturos, oomia concorrant ad facultatem, aut voluntatem, ut faciamus. Quo fit, ut his de rebus juratoris anceps jusjurandum, ac propterea periculosum soscipiatur. Quod cum idem minime necessarium sit: summa canssa fuit prætori iurisjoraodi remitteodi iis, qui metuerent, ne temere jurando, & futura recipiendo, sese perjurio obstringerent. Cum absit hic metus in his rebus, qnæ jam prætererunot, affirmandis: intelligendum erit, si quod de his josjurandum a testatore adactum fuerit, jusjurandum non remitti. Veluti si cui ita legatum ait, Titio decem, si juraverit sibi deberi, quod petebat: Titio fundum, si juraverit, nihil se dolo malo in re aliqua, nihil malo auimo fecisse. In qoibus affirmatio omni periculo vacat, si scit legatarius; si nescit, testator eo animo est, ut nihil velit dari. Ac ne quis dubitet, jusjurandum io his non remitti: jusjurandum id tale est, ot si conveoerit inter vivos, nt præstaretur: placeat ex conventu id omoioo esse præstandum. *L. si cum. C. com. utr. jud. L. si quis cum debitore. D. de jurej.* Quæ res arguit, non esse hujus juriajurandi injunctionem cootra bonos mores. Alioqui nec conventio de ea rata esset. Quod si in cootractibus servanda est: conficitur, ai idem a testatore injuoctum sit, [13] multo magis in eo servandam supremam volun-

12) Consentit Duar. *de Cond. Inst. C.* 4. Sed refellit hanc distinctionem A. Gent. 1. *Lect.* 2. quia & in præterito utraque ratio remissionis, in *d. L.* 8. relata, obtineat. Ipse sic contrarietatem expedit: Conditio hæc nec impossibilis, nac turpis, sed reprobatur ut periculis iis succuratur, quæ in *d. L.* 8. *pr.* Remittiturque ejus implendæ necessitas, non vero (ut in turpibus conditionibus) denagatur impleudi potestas, (quomodo & Duar. *de Cond. Inst. C.* 5.) *In d. L.* 62. *& d. L.* 97. vero sponte juratum fuisse, ubi cessent rationes *d. L.* 8. superstitio timidiorum, & improbiorum pejerandi proclivitas. Quod ut *de L.* 62. admitti possit, *de L.* 97. valde dubito. Nec male videtur Socin. Resp. *ad d. L.* 97. municipibus ideo conditionem non remitti, quia rationes *d. L.* 8. locum non habeant in numerosa municipum multitudine. Dici quoque potest cum Pac. 6. *Quæst.* 45. non ibi haberi quod jusjurandum necessario præstandum sit, sed tantum hoc, Conditionem non esse impossibilem. Quid ita? Si impossibilis, tota esset pro non scripta. Proinde si e. g. jurare jussi se 100. daturos, nec jurare cogerentur, nec (quod est in jurejurando) 100. dare. Non male etiam Cujac. 5. *Obs.* 1. accipit *dd. LL.* de simplici, & nudo jurejurando injuncto ita: *Si juraverit*, non addito, se hoc vel illud daturum, vel facturum. Id nullo judicio dictum videtur Gentili, quia & in hoc obtineat æque superstitio. Sed injuriam facit Cujacio de eo jurejurando loquenti, cui satisfaciat verba illa præfatus, quibus alias vetares utebantur in prosperis rebus exoptandis: ut *Ex animi mei sententia* hanc hereditatem, hoc legatum, habeo.

13) Sed differentiam hac in re inter conventiones, ac testamenta statuit Cujac. 5. *Obs.* 1. quia non quicquid Lex, vel edictum remittit in testamento, etiam in conventionibus; sicuti nec quod admittit in illis, etiam in his; ut Mutianam Cautionem. Et Pac. 3. *Q.* 86. rationem differentiæ tradens: Quia qui solens prudens suscepit onus præstandi jurisjurandi excusationem non meretur, uti cui ab alio injunctum.

luntatem, *L.* 1. *C. de sacros. eccles.* Et de hoc genere quidam loci accipiendi sunt, in quibus de hac conditione si juraverit, implenda agitur, ut *L. municipibus.* 97. *D. de cond. & dem. L. Antistius. D. de acq. her.* ne forte frustra laboremus in eo, quomodo hæc cum edicto prætoris concilie-mus, reperiamusque, quibus in caussis id jusjurandum aliquando admittatur, quod in totum prætor, & una de caussa improbat. Quod enim in his locis simpliciter ita dicitur, illi si juraverit: sic intelligendum est, quibus in caussis id jure, & bono more facere licebit; quod in universum in rebus præteritis licet.

XXIII. Sed etsi sit ea conditio jurisjurandi, qua placeat quid jurari in futurum, ut fiat: interdum tamen nec ipsa hæc conditio remittitur. Quod in hac specie singulari ratione receptum est. Nam si libertas sub conditione jurisjurandi relicta sit, idque quod se daturum servus jurare debet, tale sit, ut ante quam liber sit, dare non possit: placet jurisjurandi conditionem ei non remitti; ne si quis conditionem remiserit, ipsam libertatem impediat, quæ competere aliter non potest, quam si voluntati paritum fuerit aliquo modo, ut supra diximus. Hoc Ulpianus in *L. si quis libertatem.* 12. *D. de ma. test.* Hæ duæ caussæ non remittendi jurisjurandi fecerunt, ut Marcellus de conditione jurisjurandi loquens in *d. L. non dubitamus.* 20. *de cond. & dem.* recte dixisse videatur, [14] *plerumque* conditionem hanc remitti.

XXIV. Venio ad tertium genus earum conditionum, quæ pro non scriptis habentur, quas derisorias nominavimus. Eas accipere hoc modo debemus, non in quibus id jubeat testator, quod inutile tantum factu sit, ut alias legatum derisorium vocamus, in quo testator id dari voluit, quod ad minimam summam redigatur: *L. si domus.* 71. *in princ. de leg.* 1. sed quod ita inutile sit, ut appareat testatorem in eo fructum aliquem, aut religionem spectasse, cum esset ea ejus opinio ineptissima, & stultissima, & ideo præceptum risu dignum. Ut si quis heredem ita instituat, si vestimentorum, & eduliorum, quod sit satis ad usum unius anni, aut plurium, una secum in sepulcro condiderit: quasi mortui his rebus indigeant, aut quasi ad sanctimoniam, aut etiam sanctimoniæ famam vestitus cadaveri additus quidquam attineret, si ita instituat, si se habitu aliquo novo & philosophico indutum sepeliendum curerit. Hic enim ridetur opinio testatoris de rebus tam præpostere sentientis. At tolle errorem testatoris, ut nullus alius illi finis propositus sit, cur vellet, quam ut animo suo morem gereret; ejusmodi erit conditio, ut nisi ei paritum fuerit, nihil ex testamento debeatur. Argumento est, quod Jabolenus etiam hanc conditionem implendam esse scribit, [15] si decem heres in mare projecerit. *L. Mævius.* 55. *de cond. & dem.* Ergo illud genus derisoriæ conditionis ideo pro non scripto esse convenit; quia cum ob aliquem finem testator quid fieri voluit, apparet, nisi in eo errasset, putasetque id ita futurum, quod sibi proposuerat, non fuisse eum eam conditionem adjecturum. Cum autem in eo, quod jussit, nihil erravit, sed scivit, quid futurum esset: perspicuum est, id eum omnino fieri voluisse. Idcirco erit præstandum.

XXV. Atque hæ conditiones sunt, quæ figura, & conceptione veræ conditiones cum sint, jure tamen pro conditionibus non habentur: sive quod non ex judicio testatoris veniant; sive quod inde venientes remittantur jure, & pro non adscriptis habeantur. Quibus exceptis, licet jam breviter colligere summam earum, quas impleri oporteat; ut quæcumque conditiones sint non ex testamento venientes; aut venientes quidem ex testamento, sed quæ jure non improbentur, id est, non impossibiles sint, non contra jus, non derisoriæ: omnes in ea caussa sint, ut impleri debeant. Sic tamen, ut debeant imple-

14) Consentit Cuj. *d. C.* 1. Gentil. 1. *Lect.* 2. qui alium casum in *L. 7. de op. Lib.* & generatim non remitti quoties remittendo fieret, ne relictum quæri posset. Ex. gr. Titius 10. capito, *si juraverit se, ubi heres jusserit, Romam iturum.* Hic non potest citra jusjurandum impleri, quod est in conditione demandatum. Et nullum esset prætoris auxilium si aliter legatum adipisci liceret, quam expectato jussu heredis. Non igitur alia via consequendi legatum quam si juretur, &c. Vid. & de Conditione jurisjur. Rad. Fornor. 3. *Rer. quotid.* 22. & confer. Fr. Sarmient. 1. *Select. Interp.* 3.

15) Quod probare non possum. Nam si ineptum sumptum supervacua in sepulturam impendere, *L.* 113. §. *ult. de leg.* 1. quod multorum habet exemplum, magis ineptum erit pecuniam projicere in mare. Et recte A. Gentil. 4. *Lect.* 2. refellit interpretum distinctionem an ineptæ voluntates in forma dispositionis prolatæ, ubi non servandæ *d.* §. *ult.* an in conditionis, ubi servandæ *d. L.* 55. Neque enim credibile est, jus civile magis probare conditionem derisoriam, bonis moribus adversam, ineptam, atque nulli usui futuram, rei suæ perditionem continentem. Facit *L.* 4. §. *pe. ad L. Jul. pecul.* Ad *d. L.* 55. Resp. Gentilis verba *quid enim interest, &c.* non facere casuum paritatem in universum, sed in eo tantum, in quo adjecto; nec similitudinem ulterius deducendam, quam ad quod inducta. Comparationem in eo esse, quod ut mari non quæritur in id projectum, ita nec inrepaci. Sed hæc Resp. firma ac solida non est. Tutius dicemus (quod & Gentilis tantum innuit) verba *quid enim interest*, habere in se interrogationem pro *quantum interest*, & tacitam responsionem, *Multum*, uti in *L.* 1. *de leg.* 2. vid. *sup. C.* 15. *N.* 7. 8.

pleri, quas testator voluit, & debeant ut licet, & ut testator sensit. Primum non semper omnes implendæ sunt, quas teststor adscripsit, quia non ita sont adscriptæ, ut simul vellet omues exsistere. Quid hic voluerit, quæritur. In quo hæc distinctio adhibenda est. Refert, utrum diversis locis separatim scriptæ sint conditiones, ut fit, cum testator sæpius eamdem rem legat primo certa conditione adjecta, aut etiam pure, mox alia parte testamenti, aut codicillis eamdem rem legat sub alia conditione: an vero semel, atque uno loco legando plures conditiones legato injectæ sint. Si diversis locis: quia in legatis novissimæ scripturæ, & voluntates valent. *L.* 12. §. *ult. D. de leg.* 1. hic quoque novissima spectabitur conditio. In libertatibus placet levissimam spectari. *L. sub diversis.* 51. *L. quod traditum.* 87. *L. non ad ea.* 89. *in pr. de cond. & dem.* De qua parte satis diximus supra bujus libri. C. IV. Quod si simul plures conditiones adscriptæ sint; si quidem conjunctim, puta si illud & illud factum erit; placet omuibus esse parendum. Si disjunctim, puta, si illud, aut illud factum erit, satis est vel unam extitisse: quod & scriptura exigit. *L.* 5. *D. de cond. inst.* [16] *L. cum pupillus.* 78. §. 1. *D. de cond. & demonst.* §. *pen. Inst. de her. inst.*

XXVI. Illa etiam de voluntate testatoris incidet quæstio, si quid in conditione posuit, ut fieret, si id jam ante factum sit, velitne iterum fieri, ut conditio impleatur, an sufficiat semel factum esse, quod jussit. In quo hæc distinctio probata est, ut si sciat testator, quod fuit in conditione, & iterum fieri possit, exspectandum sit, donec iterum fiat. Sin ignoret, satisfactum sit judicio ejus, ut ne quid aliud exspectari debeat, sed statim ex conditione legatum debeatur. Exstat hæc distinctio in *L. si jam facta.* 11. *D. de cond. & demonstrat.* Utputa, legatum est, si navis ex Asia venerit, si uxor liberos susceperit. Venerat autem jam tum navis, & uxor liberos susceperat. Si testator ignorabat, dicimus [17] jam tum conditiooem de mente testatoris pro impleta haberi. *L. hæc conditio.* 10. §. *ult. de cond. & dem.* Hoc enim ignorans testator huc spectabat, ut eveniret, quod cogitabat, hoc animo, ut si evenisset, legatum deberetur. Si sciebat: perspicuum est neque de adventu priore navis, neque de his liberis, quos jam tum uxor habebat, eum sensisse. *L. solemus.* 9. *L. si ita.* 68. *D. de cond. & dem.* Nam si de his sentiret, supervacua fuit conditio. Adjecimus, si iterum fieri possit, quod erat in conditione, uti & hæc verba adjecta sunt in *d. L. si jam facta.* 11. *de cond. & dem.* ut sciamus, si id amplios fieri non potest, omnimodo conditionem pro impleta habendam, sive ignorarit testator sive sciverit. Ut si proponas testatorem legasse Titio, cum pubes erit. Et jam tum Titium pubertatis annos egressum esse: legatum statim debebitur. *L. hæc conditio.* 10. *in fi. de cond. & dem.* Merito: sive enim ignorat testator Titium puberem esse; pertinet hæc pars ad distinctionem superiorem. Sive scivit; ideo non exspectatur, ut Titius iterum pubes fieri incipiat, quia per rerom naturam id fieri non potest. Unde conditio incipit fieri impossibilis, cujusmodi conditiones pro non scriptis haberi dicimus.

XXVII. Adeo autem verum est, conditionem, quam testator adjecit, quam eamdem servari voluit, implendam esse, ut si per omnia secundum verba exacte impleri non potest: placeat tamen hactenus implendam, quatenus potest. Hoc amplius, si nullo modo potest secundum subtilitatem verborum: at certe implendam esse, prout testator sensisse videbitur. Prioris illius sit hoc exemplum ex *L. Mævius.* 55. *D. de cond. & dem.* Mævio fundus legatus est, si Callimacho, cum quo testamenti factio non erat, (finge fuisse deportatum. *L.* 1. *C. de her. instit.*) ducenta dedisset. Quæritur, an huic conditioni parere debeat Mævius, & ducenta dare, ut ad eum legatus fundus pertineat. Respondet Javolenus debere. Atqui non est is Callimachus, in cujus persona conditio superior impleri possit per omnia. Exigit enim ea conditio, ut ducenta dentur Callimacho: id est, ita tradantur, ut fiant ejus. Id enim significat dare. §. *sic itaque. Inst. de act.* Hoc autem in deportatum non cadit: cum sit regula juris, qui legata ex testamento nostro capere non possunt, his nec mortis quidem caussa capere permitti. *L. omnib. D. de mor. cau. don.* Fatetur Javolenus, totum hoc in Callimachum conferri non posse, ut nummi fiant accipientis. Sed innuit

16) Ubi dictio *cuilibet* est distributiva, non collectiva, ut ibi notat Gothofridus. Nec necesse habuit Forn. 5. *Rer. quot.* 18. disjungendo vocula, & ex una geminam faciendo legere *cui libet*, idest cui placet parere: tametsi sensus idem. Sæpe tamen disjuncta pro conjunctis, & contra *L. gen.* 6. *pr. C. de inst. & subst.* vid. Duar. de *Cond. Inst.* C. 5. Math. *Li.* 3. *Epil. Legal. C.* 12.

17) Et ita testatoris ignorantia non nocet, sed prodest implemento conditionis. Vid. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 1. n 10.

nuit in dando duo inesse, tradere scilicet ita, ut ne avoces, & præterea tradendo dominium transferre. Ita testatorem, cum ducenta dari jussit, simul utrumque illud, quod inest in dando, jussisse. Non potest Mævius præstare posterius, ut nummos faciat accipientis. At potest illud alterum ita tradere, [18] ne repetat. Proinde hoc illum saltem præstare ex conditione oportet, & hactenus eam implere, quia hactenus potest. Nec quemquam moverit, quod Callimacho inutilis jure futura sit ea conditio, ex qua nihil ei acquiratur. Non enim quid ei inde acquiratur, spectamus, sed quid testator fieri voluerit, ut sive utile sit factum, sive inutile, pareri conditioni debeat. Argumento esse ait Javolenus, quod etiam ei conditioni parendum sit, si jubeatur Mævius eam pecuniam non tali personæ dare, sed vel aliquo in loco ponere, vel in mare abjicere. At enim deportatus iste nihil potest ex testamento capere; qui civis Romanus non est. *L.* 1. *D. ad leg. Falcid. d. L.* 1. *C. de her. inst.* Respondet Javolenus huic objectioni occurrens, illud quod in proposito ad talem personam perventurum est, non testamenti nomine, sed mortis caussa capi. Atqui jam diximus, qui ex testamento legatum capere non possunt, bis nec mortis caussa capere permittendum. Respondeo, ne nunc quidem dicere Javolenum, Callimachum in proposito ducenta hæc capturum, ut sibi habeat: Fisco enim hæc ducenta tanquam vacantia, aut tanquam publicata vindicabuntur. Sed hoc innuit, si hæc ducenta legata essent a Mævio, ipsum cogendum non fuisse ea præstare. Nunc quemadmodum Mævius ea ex conditione dare jussus est, eum conditioni parere cogendum, nec traditioni ducentorum quidquam obstare regulas juris, quia hæc ducenta non dat testator, sed Mævius. Sed hæc obiter ad propositæ speciei explicationem. Illud ad rem, quod hoc exemplo intelligi volumus, ut omnia non possint secundum verba impleri, quæ in conditione sunt, certe quatenus possunt, impleri debere. Hoc amplius adjecimus, etsi nullo modo secundum verba impleri conditio possit: si tamen potest aliquo modo ad sensum, & mentem testatoris, etiam hactenus id præstandum, quod testator voluit. Ut in hoc exemplo: Titio fundum do, si tutelam filii mei in annum 18. gesserit. Gerere eum tutelam non posse in eum annum certum est. Quia tutela ipso jure post 14. annum finitur: nec adulto tutor dari potest. *L. Sejæ. D. de tut. & cur. dat.* Quid igitur? postea nihil geret, & quia nihil potest, legatum consequetur? Immo cum hoc non possit: quod proximum est, & ex jure licet, id faciet, ut curam in annum 18. suscipiat, ut Papinianus respondit. *L. pater.* 101. §. *conditionum. D. de cond. & dem.* Id enim intelligitur sensisse testator, ut aliquam curam liberorum susciperet, cum potestate conjunctam. Conditionum autem verba, inquit Papinianus, quæ testamento præscribuntur, pro voluntate considerantur. *d. L. pater.* §. *conditionum.*

CAP.

[18]) Neque effectu plane caret traditio in persona deportati. Licet enim non fiat dominus, nummis tamen uti potest, Duaren. *de Cond. Instit. C.* 5. *in fin.* vid. & Nicol. Valla *de Reb. dub. Tract.* 14 *n.* 1.

CAP. XXXIII.

Conditiones quæque quam recte impleantur. In quo hæc insunt, Quomodo impleantur recte, Quatenus, Quo tempore. Et de conditionibus in non faciendo positis, deque Mucianæ cautionis remedio in his recepto.

De implenda conditione tria cognoscenda & quæ nam. I.

In modo conditionis id sequendum quod verba demonstrant, & ad eorum præscriptum conditio implenda. II.

Sin appareat, aliud quid sensisse defunctum, quam verba præseferunt, his contemptis, voluntatem sequemur, eamque ex fine, & scopo testatori proposito metiemur. Hujus generis conditiones non nullæ proponuntur. Explicantur. III. IV. V. VI.

Ubi non alio aperte revocat voluntas, a præscripto, & forma verborum non recedendum. Hoc exemplis declaratur. VII. VIII.

Si uni legatum sub conditione, si decem dederit, *non aliter ullam partem legati recte petet, quam si tota decem dederit.* IX.

Quid si hac eadem conditione duobus conjunctim legatum. X.

Quid si conditio partis præstationem non recipiat. IX.

Quo minus quisque ex legato capit, quam legatum est, eo minus ex conditione præstare cogitur. XI.

Exceptio. XII.

Utrum quæ de conditionis divisione dicuntur, ad principales personas pertineant dumtaxat, an etiam ad eorum hæredes. XIII.

De tempore, *quo implenda conditio, duo quæruntur. Quæ sint.* XIV.

Si tempus a testatore designatum, id sequendum. Sin minus, hæc distinctio; ut conditiones, quæ in eventu positæ, quæve semel tantum impleri possunt, etiam vivo testatore possint impleri. Quæ vero in nostra potestate, non nisi mortuo. XV.

Ratio distinctionis. Et quæ conditiones promiscuæ *vocentur, quæ* non promiscuæ. XVI.

Quæcunque hujusmodi conditio est, ut ei statim pareri possit, ei, cum primum potuerimus, parendum est. XVII.

Hæc sententia in hæredum institutionibus locum non habet. XVIII.

An ei & in legatis refragetur L. si ita stipulatus 115. D. de verb. oblig. XIX.

Si qua conditio earum, quæ in non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii, aut etiam heredis, desiderante eo, cui hæc conditio injecta, statim repræsentatur relictum; dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit; si contrafecerit, rem una cum fructibus restituturum. Hæc cautio Muciana *dicitur.* XX.

Ea a legatario præstanda heredi; ab herede vero coheredi; si plures instituti; sin minus conditio pro impleta habetur. XXI.

Cavetur per satisdationem. XXII.

Cur hujus generis conditionis eventus expectandus in contractibus. XXIII.

Hæc cautio in conditionibus, quæ in dando, *vel* faciendo, *non recepta.* XXIV.

Item cessat in conditionibus, quæ in non faciendo, *si hæc vivo legatario existere possint. Exceptio.* XXV.

Si conditio, quæ vivo legatario existere potest, in ejus solius potestate fuerit, locus cautioni. XXVI.

I. HActenus ergo satis dixisse videmur, ubi insit in legato conditio ejusmodi, quam pro vera conditione agnoscere, quamque pro tali impleri oporteat. Qua posita, deinceps sequetur illud tertium, ut de implenda cognoscatur. Et ista omnis conditionis impletio tria hæc desiderat, ut certo modo conditio impleatur; ut quatenus oportet; ut quo tempore oportet. Sic fit, ut in hac parte tria hæc occurrant, de quibus quæratur. Quomodo recte impleatur conditio, Quatenus,

nus, & Quo tempore. De quibus dicam ordine. Ac quomodo [1] impleatur conditio, non difficilem præceptionem habet. Cum enim testator ex conditione aliquid fieri, & existere eute voluerit, resque in ejus voluntate sit posita: perspicuum est, conditionem tunc impletam esse, cum id factum erit, quod testator voluit. Conditio in eventum collata est hoc modo, si navis ex Asia venerit, si rex Parthorum vicerit. Impleta est conditio, cum utrumque horum evenerit. Collata est in arbitrium, et potestatem heredis, aut legatarii, si aut daret quid, aut faceret; aut contra si non daret, non faceret. Illam, [2] dando, faciendoque quod testator jussit, implebit: hanc, cum quod in conditione est, nec factum esse, nec fieri amplius posse constabit. Quid porro hic fieri, aut non fieri voluerit, propositis verbis conditionis intelligetur.

II. Ac verbis quidem semper standum est, nisi quid appareat aliud [3] sensisse testatorem. *L. non aliter.* 69. *D. de leg.* 3. Verum hoc cognito, aliud sensisse eum, quam verba demonstrant, contemptis verbis, voluntatis præcipue ratio habebitur. In conditionibus, inquit Ulpianus, primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones. *L. in conditionibus.* 19. *de cond. & dem.* Ergo hic omnis de verbis conditionis, & testatoris sententia, non de jure quæstio est. Hinc tot exempla conditionum variarum sub *tit. de con. & dem.* expositarum, in quibus de verbis conditionum tractatur, quid his contineatur. Non alio documento profecto, nisi ut discamus, ex verborum vi, & significatione æstimare in singulis, an id factum sit, necne, quod testator præscripsit, cum de impleta conditione quæritur: nisi quid voluntas aperte refragetur. Ex multis pauca proponam, quorum interpretationem ex suis locis petere licebit. Hujus generis est, cum quæritur, conditio hæc, si nupserit, quando impleatur, idest, quæ quando recte nubere dicatur. [4] *L. hæc conditio.* 10. *L. cum fuerit.* 15. *eo tit.* Item hæc, quæ in manumittendis servis actoribus, qui calendario præfuerant, olim frequens erat, si rationes reddiderit. In quo quæritur, quid sit rationes reddere: quod his capitibus quinque explicatur. [5] *L. quamvis.* 32. *L. si cui.* 50. *L. Julius.* 81. *L. cum servus.* 82. *L. qui sub. conditione* 111. *eod.* Item hæc si impensam reddiderit. *L. quib.* 40. §. 1. *eod.* Item cum tractatur in hac conditione, si decem dederit, dedisse quid sit. *L. Julian.* 45. *eod.* Item in illa, cum ad decimum annum pervenerit, quando dicendus sit pervenisse. [6] *L. non putabam.* 48. Item in illa, si quis ex his sine liberis decesserit, an adoptato filio [7] deficiat. In quo hoc

1) Quando impleta est conditio, pro eo habetur legatum, ac si pure relictum esset *L.* 11. *Qui pot. in pig.* *L.* 13. *de cond. inst.* Nec tamen eo sola acquiritur nisi sequatur agnitio *L.* 65. §. 3. *de cond. ind.* Aliud in libertate relicta, quæ impleta conditione statim, & ipso jure competit, sicuti & directo relicta invitis, A. Fab. 20. *Conject.* a.

2) An conditio dandi possit compensando impleri, vid. Fr. Sarmient. 2. *Select. Interp.* 1. *n.* 11.

3) Nam in iis sola inspicitur voluntas, nec alia ratio, nisi voluntatis reddenda. Neque ut in dispositionibus, requiritur causa, & ut alicujus id quod in ea positum, fieri intersit. Hinc reperimus passim exemplo earum, quæ nullius effectus, vel momenti. Si Rex Parthorum vicerit: Si Capitolium ascendarit, &c. Sarmient. 2. *Select.* 1. *n.* 5. *&* *n.* *seqq.* Et Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 14. *n.* 1. In conditionibus solam voluntatem, ait, attendimus, in dispositionibus etiam legis potestatem.

4) Adde *L.* 5. *L.* 34. §. 1. *de statulib.* *L.* 89. §. *ult. de V. S.* Cujac. 9. *ad Afric.* in *L.* 32. *h. t. &* in *L.* 22. *de man. test.* Quid si servus, cujus libertati adscripta hæc conditio, nullas administraverit rationes? Liber erit *L.* 26. §. 1. *de statulib.* Non obstat, quod his conditio licet impossibilis, tamen a testatore habita pro possibili. Quia idem hic finis, & effectus contingit. Ideo enim adjecit testator, ne ex male administratione aliquid servus retineat. Sarmient. 2. *Sel.* 1. *n.* 17

5) In qua *L.* 10. nec vers. *an tamen*, *&c.* Triboniano adsignandus, quod facit A. Fab. 1. *Jurispr.* 9. *Pr.* 5. *Ill.* 11. nec negatiom inserta, cum Cujac. 13. *Obs. ult.* in fine §. legendum *non defectam.* Sensus enim ICti *defectam* ex ratione juris, haberi benigne pro nondum impleta. Ac si pleniore oratione diximus. Licet sit vera defecta conditio, si summum jus intueamur, tamen, eo insuper habito, ex benignitate sic interpretamur ac si nondum esset impleta.

6) Ubi annus coeptus pro completo haberi dicitur, ex rescripto Aurelii. Contra rescripsit Caracalla *L.* 74. §. 1. *ad Trebell.* Connan. 3. *Comm.* 12. *n.* 7. vult Marcellum a sententia sua, quæ refertur *d. L.* 48. *h. t.* recessisse per verba: *non putabam*: Non puto. Nihilo melius Cujac. *ad L.* 5. *de testam.* contraria fuisse Imperatorum decreta Aurelii *d. L.* 48. & Caracallæ *d.* §. 1. Nam utrumque *L.* 49. *pr. de leg.* 1. satis refellit. Dicendum, speciem esse singularem *d.* §. 1. & ita rescripsisse Imperatorem potissimum motum, *æquitate rei*, ut verba habent: tum quia testator non videatur in eum casum onerasse filium de restituenda hereditate sorori, si ipse filia relicta decessurus, per ea quæ *supr. C.* 31. *in fi.* tum quia filia onerati agens, & satis durum ac inhumanum, portionem patris, quam is ex testamento avi patris sui, habebat, filiæ auferri, & amitæ applicari. Atque ita malo, quam cum Gœd. *in L.* 217. *pr. de V. S.* n. 3. distinguere inter diversas acceptiones voculæ *cum*: an pro *si*, ponatur, conditionem significans, an pro *quando*. Non etiam necesse est in *d. L.* 48. pro 16. *annum* reponere 14. *annum*, quasi error ortus sit ex nota XIV. & XVI. ut post Cujacium fad. Forner. 3. *Rer. quotid.* 2. quia in *d. L.* 49. *pr.* ubi Marcelli sententia, & Imperatoris rescriptum citatur, mentio 14. annorum. Nam negativa est consequentia: Licet enim Imperator Aurelius rescripserit de ea specie, qua 16. anni mentio in consultatione, seu libello facta, tamen idem optima ratione ad 14. 18. an. 21. & quemcunque annum accommodari potest, vid. Gœd. *ad L.* 217. *pr. de V. S. n.* 2. cum non utique numeri annorum certi in hoc habeatur ratio, sed verborum *pervenisse ad annum*, quicunque tandem is sit, vis aperiatur.

7) Non veniunt. Matthæac. *lib.* 3. *Epit. Legat. Ca.* 28. Uti nec in conditione, *Si liberos habuerit* *L.* 51. §. 1. *de leg.* 2. (1) quia testamenti verba naturaliter accipi debent. (2) Ne in potestate legatarii sit ex casuali conditione facere potestativam A. Fab. 1. *Jurispr.* 10. *Pr.* 4. *Ill.* 12. Sed num conditionem, *si sine liberis*, naturales liberi deficere faciunt, & substitutum excludunt? Aff. Ud. vulgo per *L.* 17. §. 4. *ad Trebell.* Mattaac. *d. Lib.* 3. *C.* 20. *n.* 1. Forst. 6. *de Success.* 15. Negant, & rectius Connan. 10. *Comm.* 1. *n.* 6. Duar. *de Jur. delib. Cap.* 2. *f.* 425. Corn. 1. *Misc.* 7. 1. *per L.* 6. *de his qui sui.* 2. *per leg.* 6. *Cod. de Instit. & substit.* vert. *ut etsi quis naturales* & Gœd. *ad L.* 148.

hoc quæri intelligendum est, qui proprie liberi dicendi sint, hoc enim sequimur, ubi voluntas non refragatur; ut ante dixi. *L. fideicommissum.* 76. *eod.*

III. At non pauciora exempla sunt, quibus e diverso ostenditur, ubi intellectum erit, quid testator verbis conditionis senserit, hoc sequendum. Hoc vero potissimum ex fine testatoris, idest, ex eo, quod in conditione præscribenda testator spectavit, si modo id obscurum non erit, deprehenditur. Quo ex genere hæc sunt: quod cum vir uxori, quandocumque liberos habebit, legavit: ibi si mulier divortio facto liberos ex alio procreaverit, non expletam conditionem interpretamur, quanvis verba eam admittant. *L. cum vir.* 25. *L. si vir.* 61. *& seq. eod.* Quod in hac specie, filiæ meæ Severinæ Proculæ, quam Ælio Philippo nuptiis testamento designavi, rogo te, heres, ut prædium Tusculanum des, si Philippo nupserit. Si non nupserit, idem prædium Philippo do lego: in hac, inquam, specie Papinianus hanc conditionem si non nupserit, sic accepit, si nubere voluerit: ut si filia nondum viri potens decesserit, prædium Philippo non putet deberi; quia non est verum eam noluisse, quæ etiam si vellet, nubere non posset; quanvis secundum verba verum sit eam non nupsisse, quæ ne nubere quidem potuerit. *L. pater*, 101. *in princ. eo. tit.* Item, quod idem fideicommisso ita dato, volo restituas, si sine liberis, aut sine filiis decedas, conditionem defecisse interpretatur vel uno filio superstite relicto. *d. L. pater*, 101. §. 1. *eod.* Quæ omnia ex voluntate testatoris, animadverso consilio ejus, quod in his perspicitur, facile sumuntur. Nam ut hanc in his exemplis eodem ordine, quo proposita sunt, ostendamus: quod testator uxori ita legavit, si liberos suscepisset, non est valde obscurum, testatorem hoc legato uxorem suam ad studium procreandæ sobolis excitare voluisse: cupiisse denique illam liberos habere. Cur autem vellet eam sibi procreare liberos, summa caussa est: cur vellet alii, nulla omnino. Immo maxima potius, cur nollet: ne aut alienam sobolem in familiam suam mulier induceret, & bona, qua ex re familis turbaretur: aut his ex alio susceptis amorem eo transferret: quod, ut est maritorum amor in uxores, illi aversantur. Se enim solos amari, & perpetuo cupiunt. Quo fit, ut eam quoque rem, quæ hujus alienationis caussam affert, oderint.

IV. Quod autem Papinianus in superiore specie, conditionem hanc si non nupserit, sic accepit, si nubere noluerit: ita facere debuisse eadem ex re facile colligitur: Nam qui prædium filiæ legavit, si Ælio nuberet, filiam hoc legato ad nubendum invitavit. Quod adjecit, idem se Ælio dari velle, si filia non nuberet; perspicuum est pœnæ caussa hoc adjecisse, si filia voluntati patris in eo non pareret. Nam pœnæ caussa legatum sic definimus, quod coercendi alicujus caussa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat. §. *ult. Inst. de leg.* Quomodo hic prædium ad Ælium transfertur, quo magis filia ademptione deterrita Ælio nubat. At nullius neque consilium, neque institutum est, coercere eum, quem aliquid facere voluit, si ille cum maxime vellet, facere non potuit: sed ita, si cum posset, noluit: nedum patris hoc in filiam statuere. Pœna enim, seu coercitio, delinquentis pœna, & coercitio est. *L. aliud est fraus. D. de ver. sig.* [8] Nullum autem delictum ejus, qui etsi vellet,

L. 148. *de V. S. n.* 5. *Add. leg.* 17. § 4. Resp. Corasius Papiniani opinionem Ulpianum non approbare, cum dicat voluntatis quæstionem esse. Voluisse autem testatorem naturales liberos præferri certis casibus conjectura est: (1) Quando is hac conditione oneratus, qui non potest habere nisi naturales liberos, ut in specie *L.* 77. §. 1. *ad Trebell.* (2) Si testamenti tempore scit testator gravatum habere solum filios naturales *L.* 67. §. 13. *de leg.* 2. Sed recte dicemus, Papiniani sententiam non damnari ab Ulpiano, ceu videtur *Forst.* 6. *de Success.* 16. Papiniani sententiam praeferenti, sed declarari. Papinianus enim non generaliter statuit naturales esse in conditione, sed in libertino, eodemque conliberto, id est qui in servitute conceptus, quæ ipsa species est *d. L.* 77. §. 13. Aliter Gomez. 1. *Var. Resol.* 5. *n.* 40. Nimis vero audenter A. Fab. 1. *Jurispr.* 9. *Pr.* 2. *Ill.* 1, *pag.* 576. *d. L.* 17. §. 4. verba *& in libertino, &c.* usque ad finem, Tribonianum adjecisse. Nam nititur Faber præsupposito falso, & superius confutato in *not. Lib.* 6. *C.* 17. *N.* 16. naturales olim ex testamento capere non potuisse. Item *d. Tit.* 9. *Pr.* 5. *Ill.* 14. respondet ad *d. L.* 77. § 1. aliud juris esse in filia onerata hac conditione *si sine liberis*, ubi & naturales veniant, quia mater semper certa, aliud in filio; quia pater extra justas nuptias nullus. Sed si naturales olim plane incapaces, quod jus civitatis eis non fuerit, ceu vult Faber, licet falso, non magis filia, quam filio gravato, in conditione essent.

8 *L.* 148. *& seq. de V. S.* Agell. 2. *Noct.* 13. Reperimus tamen liberum unitatis numero, non tantum in *L.* 32. *pr. C. de inoff. test.* ceu notavit Val. Guil. Forst. *Obse. succis. C.* 5. sed & *L.* 8. § *ult. Cod de sec. nupt. pr. I. de Servili cognat.* Licet vero liberum & apud alios auctores in singulis inveniamus, vid. Forst. *d. loc.* Scip. Gentil. *Orig. Lib. sing. pag.* 583. Castellan. Cotta *in Memorabil. v. Liberum.* puto tamen ICtos nostros, quorum fragmenta in Digestis habemus, vix sic usurpasse. Nam licet vulgati Codices *in L.* 34. *de pact* habeant *nolle liberum esse*, quod de filio post Accursium exponit Connan. 10. Com. 1. n. 2. tamen ea vox abest a Pandectis Pisanis, cujus loco est vocula *suum* de suo herede exponenda, ut Hot. & A. Fab. *ibid* ac God. *ad L.* 148. *de V. S n.* 3. Et vulgata lectio de libero homine commodius scribi potest. In *L.* autem 126. *de R. I.* Florentinæ Pandectæ non, *liberum*, exhibent seu *libertum*, P. Fab. *ibid.* Et vulgatam etiam electionem de filio exponi non debere ostendit Tiraq. *ad L.* 8. *C. de revoc. don. v. suscepit liberos n.* 242. quia pheresis esset incommoda *acquirere* filium, pro *gignere*, & nulla ratio dubitationis, & decidendi apte. Vera igitur sententia hæc: Qui liberum hominem acquisivit, de facto scilicet non est factus locupletior, quia is non est in commercio. Sed hæc πάρεργως.

Digitized by Google

let, voluntati parere non potuit. *L. cum quidam. §. si pupillo. D. de usur.* Quare necesse est ex sensu testatoris hæc conditio sic intelligatur, si eum posset filia Ælio Philippo nubere, non nupserit: id est, si cum posset, & invitaretur, noluerit.

V. De uno filio superstite relicto quod scribit hunc satis esse, ut hæc conditio deficiat ex voluntate testatoris, qua quis restituere rogatus est, si sine liberis decesserit: voluntas ex eo manifeste intelligitur, quod hac conditione liberis ejus, qui rogatur, consultum voluit, quos prætulit substituto. Nulla autem ratio est, cur pluribus susceptis ad eos redire rem voluerit: si unus relictus esset, ad hunc redire noluerit. Cum autem hoc ex voluntate fieri dicat Papinianus, non verbi usu, ut fit: non erit dubitandum, quin etsi testator, filiorum verbo usus sit, ut dicat, si sine filiis decesserit, idem intelligi debeat. Quod verbum accipere melius erit ad voluntatis significationem explicandam. Nam alioqui usu loquendi *liberos* de uno filio recte dicimus, quia hoc verbo in [9] singulari non utimur: ut etiam verbi significatione, ac non tantum testatoris voluntate hoc responsum defendi queat, si liberorum verbo testator usus sit.

VI. Ex eadem voluntatis interpretatione est, quod placuit, si hæc conditio sit, ut pupillo, aut furioso detur, ibi conditionem non impleri [10] pupillo, aut furioso dando, quod verba efficiebant: sed ita, si tutori, aut curatori datum sit. *L. si fundus.* 13. *de cond. & dem.* Quis enim non videt, qui pupillo, aut furioso dari voluit, his eum consultum voluisse? Hoc autem ita fit, si iis detur, quorum in potestate sunt, per quos res asservabuntur. Ipsis si datum erit, futurum est, ut ex eorum imbecillitate datio pereat; quæ Marcelli de hac re ratio est in *L. servus decem.* 68. *D. de sol.* Nec adversatur huic sententiæ, quod si deportato jusserit testator dari, ei ipsi dandum esse jam ante diximus, cui tamen constat, ne acquiri quidem unquam, quod datum est. Non sunt enim aliæ personæ deportato, quibus dando efficiatur, ut ei melius consulatur. Quod si essent, idem illic quoque responsuri essemus. Nunc quia nullæ sunt, illi ipsi saltem dandum esse dicimus.

VII. Sed illuc redeo, ita a verbis conditionis recedi licere, si appareat aliud sensisse testatorem, quam quod verba exprimunt. Quod nisi constet, hoc præceptum tenebimus, omnino verbis hærendum esse, ut ad præscriptum, & [11] formam eorum fieri debeat, quod in conditione est. Extra hæc conditio non impleatur, utcumque id fiat, quod jure videatur eumdem effectum habere. Ut puta, certæ personæ dare jussus alii cuilibet dando non implebit conditionem. Quod quidem nullam hæsitationem habet, si hoc quod fit, aliud efficit re vera, quam quod verbis præcipitur. At nos amplius dicimus, etsi quod alii datum erit, ita datum sit, ut si illi ipsi, cui dari ex conditione debebat, non alium effectum juris res habitura fuerit, nihilo tamen magis conditionem impletam videri. Propone jussum esse legatarium heredi dare. Si dedit ejus servo, vi ipsa intelligitur heredi domino dedisse, quia hoc per servum statim acquisitum est domino. Ut hic nihil aliud, quam per servum domino datum intelligatur, si juris effectum spectemus. Propone e converso, jussum esse servo Titii dare. Si dedit Titio domino, quis non dicat eum vi ipsa fecisse, quod conditio injungebat? Nam servo dando statim res domino quæsita esset. At nunc domino dando idipsum statim, & recta consequitur legatarius: ut jam videatur quodammodo celerius conditionem implesse. Num ergo in his saltem, in quibus alii dando res eumdem juris effectum habet, conditionem implere dicemus? Hoc vero est, quod dicimus, nihilo magis expletam esse conditionem. Hæc Paulus in *L. qui heredi.* 44. *D. de con. & dem.* Ex quibus hoc volumus intelligi, quod ante posui, nihil nisi præscriptum testatoris in ea re sequendum, ubi mens, & voluntas alio non revocet. Denique eum, qui aliquid dare facere jussus est, implere con-

9) Ita & Forcat. Necyom. *Dial.* 30. *n.* 7. non posse dici filiam immorigeram, quæ morem gerere non potuit: & Gomez. 1. *Var. Resol.* 3. *n.* 10. Vix genuina hæc ratio, cum pœnæ caussa relictum jure Pandectarum non subsistat. Matthæus *Lib.* 2. *de Vet Jur. Cap.* 13. n. 17. *& seqq.* hoc esse ex natura conditionis potestativæ nondum maturæ, quia hic impubes nec velle, nec nolle potuit, cum privatio præsupponat habitum. Ex hoc autem textu ostendere voluit Baldus (redarguens confidentiam Philippi Regiensis, jactitantis se ex tempore in ultimis voluntatibus cuique responsurum) substitutionem, licet in hereditate complectatur utrumque casum, *si noluerit,* & *si non potuerit*: in legatis tamen continere unum, *si noluerit.* Quod non placet Matthæo *d. loc.*

10) Pupillus autem sine tutoris auctoritate conditioni parere potest tam in institutione, *L.* 26. *de Cond. inst.* quam legato *L.* 5. *pr. hoc tit.* In servo autem, & filiofamilias sine jussu patris, vel domini implente, distinctio est inter legatum *d. L.* 5. §. 1. & hereditatem *L.* 26. *de cond. instit.* Alb. Gentil. 1. *Lect.* 5. contra Cujac. 2. *Observ.* 16. qui negationem ex *d. L.* delet, ut & A. Fab. 31. *de Error. Pragm.* 8.

11) Hinc illud vulgatum: Conditiones debere impleri in forma specifica, vid. Gomez. 1. *Var. Resolut.* 12. *n.* 77. Matthæus. *Libr.* 3. *Epit. Legat. C.* 11. *n.* 20. *& seq.* Cœd. *ad L.* 202. *de V. S. n.* 2.

cooditionem, si id ita dederit, fecerit, ut jussus est. Qui secus facit, eum nihil agere, etiamsi hominum opinione, & jure res idem momentum habere videatur.

VIII. Sed quo magis res intelligatur, quæ non ita expeditam omnibus rationem habet: age, eadem ista exempla paulo explicatius proponamus, ernamusque in his superioris sententiæ rationem. Ergo servo alieno herede instituto, heredi quis dare jussus est. In quo personam servi demonstratam esse constat, utpote heredis instituti. Et quidem si ei servo datum sit, jure ipso non alii res acquiri potest, quam domino, ita ut ne momento quidem apud servum res maneat. *L. placet. D. de acq. her.* §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Faciamus, legatarium domino servi dedisse. Nonne eum conditionem implesse dicemus, cum si servo datum esset, res eumdem exitum habitura fuerit? non enim addo, quod jure dominus heres est: propterea quod non est hoc satis, nisi etiam sit judicio testatoris. *L. qui liberis.* §. *ult. de vulg. subst.* Et placet, domino inutiliter dari. Nec ad rem pertinere, quod quæ sunt juris, ad dominum transeunt; ut tenendarum rerum persequendarumque jus, & potestas. Quæ enim facti sunt, non itidem transeunt: id est, quæ in persona servi fieri, & impleri debent, ea in persona domini non possunt fieri, ut quidem in servi persona impleta videantur. Idem e converso probatum est, si quis Titio domino dare jussus, servo Titii dederit. At certum est, si quis servo dederit, eadem opera idem domino acquisitum iri. Quod si fit, datum est. Nihil enim aliud est dare, quam dominium transferre. Hæc, inquam, Paulus in *L. qui heredi.* 44. *in prin. de cond. & dem.* Cur ergo aut servo dando, aut domino conditionem non implemus, cum utrumque idem valeat jure? Quia non quo res abitura sit, consideramus: sed quid testator fieri voluerit, ut cum voluerit, an etiam factum sit, quærere debeamus. Utrumque autem verum est, & qui domino dederit, servo non dedisse: & qui servo dedit, domino dedisse non videri. Sed & in judicio testatoris, & re ipsa, utrum fiat, non parum interest. Qui scis enim, an testator servo datum voluerit, ut hoc ipsum sciret per se factum esse, ut hoc domino acquireretur, ut vel hac saltem quasi gratificationis opinione se domino gratiorem factum suspicaratur, & gauderet? Nam illud dubitari non potest, quantum in re ipsa intersit, utrum servo potius datum sit, quam domino. Potest enim servus pecuniam intervertere. Quam, ut non intervertat; tamen quandiu dominus eam non habebit, non sane poterit ea uti. Ejusdem rationis est cum superioribus, quod placuit legatarium jussum dare heredi, non implere conditionem heredis heredi dando. *L. sub diversis.* 51. §. 1. *D. de cond. & demonst.* Nam heres heredis proprie non est heres testatoris, etsi jure habetur per consequentiam successionis. *L.* 3. *D. de hered. pet. L. ult. C. de hered. instit.* Certe judicio testatoris non est ejus heres. *L. qui liberis.* 8. §. *ult. D. de vulg.* Sed hoc libertatis favore in servo non servatur. Quem heredi decem dare, & liberum esse jussum, placet heredis heredi dando ad libertatem pervenire. *d. L. sub diversis.* 51. §. 1. *L. cum ita.* 94. §. 1. *de cond. & dem.* nempe latiore heredis significatione in hac specie propter libertatem recepta. Sed & ante in hac parte satis voluntatem testatoris excepimus: qua diximus fieri, ut jussus pupillo, aut furioso dare, non modo tutori, aut curatori ad conditionem implendam dare possit, sed etiam debeat. *d. L. si fundus.* 13. *de cond. & dem.*

IX. Hæc de modo implendæ conditionis. Ad hanc vero implendam, ut quidem hac impleta legatarius aliquid consequatur, etiam illud proxime pertinet, videre, quatenus recte impleatur. In quo hoc quæritur, an totam conditionem impletam esse oporteat prius, quam quidquam ex legato peti possit: an vero possit ita impleri pro parte, ut qui id fecerit, possit etiam legatum pro eadem portione consequi. Quod in his non quærimus,[12] quæ partis præstationem non recipiunt. Frustra enim quæreremus, ubi pars non ante intelligitur, quam cum in totum factum est, quod testator jussit. Itaque constat tales conditiones pluribus propositas, si monumentum fecerint, si insulam ædificarint, in omnibus personis non nisi simul existere; ut tum legatum debeatur, aut jus sit hereditatis adeundæ, cum monumentum factum erit. *L. penult. in pr. de condit. & demonstr. L. fideicommissa.* 11. §. *penultim. D. de legat* 3. neque enim aut hic, aut in aliis operibus operis effectio in partes scindi potest. *L. stipulationes non dividuntur.* 72. *L. in exsecutione.* 85. §. *secunda. D. de verb. obl.* De his quærimus, ex quibus quid ita dare jussi sumus, ut constet partem dari posse natu-

12) Vid. Donell. noster ad *L.* 72. *de V. O.* n. 55. *& seq.*

natura, ut alia pars non detur. Et de hac re sic breviter habendum est. Ut erit legati divisio in principalibus personis, quibus legatum adscriptum est, ita & conditionis futura est, quæ nihil aliud, quam legati onus est. Proinde si legatum ita erit, ut scindatur; scindetur & pro parte rata conditio. Sin aliter, nec conditio scindi poterit. Igitur si uni alicui ita legatum erit, si decem daret: quia legatum, quod uni datum est, scindi non potest, ut partem ipse agnoscat, partem repudiet: *L.* 4. *&* *L.* 5. *D. de leg.* 2. ob eam caussam nec si ea sit conditio, si duobus heredibus decem daret, aliter ullam partem legati recte petet, quam si utrique quinque, aut, uno omittente, ei, qui solus adiit hereditatem, tota decem dederit. *L. qui duobus.* 23. *de condit. & dem.*

X. Quod si duobus conjunctim fundus hac conditione legatus erit, si decem dederint: quemadmodum enumeratione personarum legatum est divisum, sic est divisa conditio: ut quoniam singuli, si invicem concurrant, partem fundi habent, nihil amplius. §. *si eadem. Instit. de leg.* sic quinque pro se quisque dando conditioni pareant, & legati partem assequantur. *L. cui fundus.* 56. *de cond. & dem.* Idem juris est, si uni legatum sit, legatum autem in ea caussa, ut solidum capi non possit. Quantum enim hic de legato detrahitur, tantum placet detrahi de conditione.

XI. Varie autem accidit, ut quod testamento legatum est, minuatur, neque solidum capiatur. Alias heres ipse legatorum præstatione exoneratur, idque duabus de caussis. Una, quod ei pars hereditatis interdum aufertur; ut cum patronus testamento liberti præteritus, ab herede scripto bonorum posessione contra tabulas petita partem legitimam vindicat. *Institutionib. de succed. lib.* altera, quod supra dodrantem legatum est. Id quod efficitur lege Falcidia. *L.* 1. *ad legem Falcidiam.* Alias ipsius legatarii ea est persona, ut solidum capere ex testamento non queat. Cujus generis legatariorum nobis exempla hodie non deessent, si jus vetus maneret. Exstant etiamnum hodie in fragmentis Ulpiani tituli exempla hujus generis suppeditantes, de cœlibe, & orbo; item de solidi capacitate; item de decimis. Nunc, his sublatis, exemplo uti possumus filiorum naturalium, quibus si legitimi liberi exstent, ad duas tantum uncias capere licet ex constitutionibus. *L.* 2. *C. de natural. lib.* Alias ipsa voluntas testatoris totum petere ex testamento non sinit, quod ab initio legatum erat. Nam si hic partem ex toto, quod legarat, alienarit: reliquam dumtaxat partem deberi placet. *L. si ex toto.* 8. *de leg.* 1. Cui consequens est, ut idem si partem rei legatæ usucapi passus sit & reliqua dumtaxat pars debeatur: quia alienationis quoque genus sit usucapio. *L. alienationis. de verborum significat. L. qui heredi.* 44. §. *si pars. de cond. & dem.* Quid ergo est? nempe hoc convenit in his omnibus, qui minus ex legato capit, quam legatum est, eo minus ex conditione, quæ adscripta erat, dare cogendum: ut quemadmodum legatum scinditur, quod pro parte valet, pro parte non valet; ita scindatur jus dandi ex conditione. Id quod de supra scriptis generibus variis locis responsum est, ut *L. Plautius.* 43. *d. L. qui heredi.* 44. §. *si pars. de condit. & dem. L. ei, cui non amplius. D. de mort. causs. donat.*

XII. Excipit tamen Paulus ex omnibus id legatum, quod lex Falcidia minuit in *d. L. Plautius.* 43. *versic.* diversum. *Diversum est*, inquit, *si Falcidia interveniat, & minuat legatum.* et addit: *nam his casibus nihil repetetur: quia in solidum conditioni paretur.* Cur tamen hic potius, cum lex Falcidia intervenit, & heres legatorum præstatione ultra dodrantem exoneratur, quam cum heres liberti bonorum possessione contra tabulas a patrono petita, & parte hereditatis ablata non nisi pro ea parte quæ reliqua est, legata præstat? Nam hoc casu ipse idem Paulus eodem loco scribit, hoc jus esse, ut quemadmodum præstatione fideicommissorum, & legatorum heres exoneratur per prætorem; ita etiam ipse ex conditione partem consequi debeat. Qui hoc igitur ab illo differt, ubi heres non quidem per prætorem, sed tamen quod plus est, lege ipsa exoneratur? Et dissimilitudo hæc est, in qua hujus juris, simul & exceptionis ratio constitit: quod cum legatum ideo minuitur, quia pars hereditatis heredi ablata est, legatarius nihil amplius conditionis jure præstare debet, quam quod necesse sit ad legatum consequendum. Atqui hujus legati partem tantum ab herede capit. Quamobrem nihil est, quod majore ex parte ex conditione dare debeat. Cum autem legatum Falcidia minuit, non jam eo legatarius tantum conditioni paret, ut legatum consequatur; (quod si ficret, cum ejus dumtaxat tres partes ferat; consentaneum foret, ut pro eadem portione heredi daret) sed etiam ut ad contributionem legatorum ab initio admittatur; quod, nisi in solidum conditioni

tioni paritum sit, fieri non potest. Id autem ita se habet: cum quæritur, an legi Falcidiæ locus sit, idest, an supra dodrantem patrimonii legatum sit, ut quod supra est, id de legatis decidatur, & apud heredem maneat: ratio ita initur, ut ex una parte patrimonium inspiciatur defuncti, quantum sit quo tempore is moritur: ex altera omnia legata testamento relicta in unum conferantur, ut utriusque rei summa collata, & subducta ratione, æstimari possit utrum legata dodrantem patrimonii excedant, nec ne. Quod quærebatur, ut supra diximus. §. *penult. & ult. Inst. de leg. Falcid.* In hac contributione legatorum solidum legatum computari oportet. Aliter an supra dodrantem legatum sit, intelligi non potest. Porro legatum, quod sub conditione datum est, ita legatum est, si conditioni paritum fuerit. *L. legata* 41. *de condit. & demonst.* Ita fit, ut si quis legatum ad contributionem vocari velit, prius conditioni parere oportcat. At enim quamvis solidum legatum a principio computetur: tamen postea pars ex lege falcidia detrahitur. Quod efficere videtur, ut quemadmodum si ad partem legati dumtaxat vocaretur legatarius, pro parte conditioni parere deberet: sic si pars detrahatur legati, possit ex eo, quod dedit, partem repetere. Id enim fieret in eo herede, cui pars hereditatis ablata esset; si ab initio legatarius ei solidum implendæ conditionis caussa dedisset, eodem Paulo auctore, *d. L. Plautius in princ.* Sed nihil hoc argumento contra efficitur. Posteaquam enim legatarius conditioni parendo consecutus est, ut ad legatorum computationem admitteretur, nihil ex eo, quod consecutus est, amittit. Quamvis enim solidum legatum non consequatur, non eo fit tamen, quin ad computationem legati sit admissus. Adde, quod heres tanquam heres solus solidum accepit. Neque vero cum legata solida non præstat, eo magis heres in solidum esse desinit. Quorum utrumque contra, si ideo legatum minuitur, quia prius in persona heredis hereditas minuta est. Nam neque legatarius solidum capit, cum tamen in solidum conditioni paruisset, ut legatum totum caperet: & hereditatis parte ablata, heres pro ea parte esse desiuit, qui fuerat. Ut si alia nulla ratio sit, vel hæc una efficere debeat, ne quod conditionis implendæ caussa ei datum est, solidum retineat: cum sit absurdum plus commodi esse apud heredem, quam quantum oneris sustinet: certi autem juris sit onera hereditaria non esse penes eum heredem, qui in solidum non sit hæres, *L.* 1. *& toto titul. C. de hered. act.*

XIII. Sed hæc, inquam, omnis conditionis divisio ita se habet in principalibus personis, quibus legatum datum est. In successoribus non item. Nam quæ conditio uni adscripta ex persona ejus non scinditur, ea scindi ex persona heredum non potest, sed omnis numerus eorum, qui in locum ejus substituuntur, pro singulari persona est habendus. Sic verba sunt. *L. cui fundus.* 56. *in fi. de cond. & dem.* cujus rei rationem pluribus exposui ad *L.* 2. §. *ex his. D. de verb. obl.*

XIV. Ut ad rationem recte implendæ conditionis illa duo pertinent, quæ ante diximus, videre quomodo impleatur, & quatenus ad aliquid consequendum implere liceat, in solidumne, an etiam pro parte: ita non minus pertinet tertium, ut norimus quo tempore recte impleatur. In quo quæritur, nihilne referat, quod testator fieri voluit, quando factum sit, utrum vivo eo, an mortuo: & si quis quid facere jussus est, quod sit in illius potestate, utrum nihil intersit, statimne id exsequatur, cum potest, an quandoque, cum voluerit. Ut hic, si apertius, & distinctius dicendum est de tempore duo quæri intelligantur. Unum de parte temporis, qua, & per quam possit conditio recte impleri. Alterum de temporis spatio, intra quod recte impleatur. Quæ duo auctor rhetoricorum ad Herennium *Lib.* 2. subtiliter ita distinguit, ut prius speciali vocabulo vocet *tempus*: posterius *spatium*.

XV. Et de parte temporis, qua recte impleatur conditio: hoc in jure est, ut si quidem tempus designatum sit a testatore, quo quid fieri vellet, id sequendum sit. Hoc enim est, quod distributione exemplorum indicare voluit Mæcianus in *L. conditionem.* 91. *de cond. & demonst.* Sin in incerta voluntate natura conditionum quærenda est, hæc distinctio adhibeatur: ut in eventu positæ quæ sunt conditiones, qualis est hæc, si navis ex Asia venerit; item quæ non quovis tempore, non sæpius, cum libet, impleri possunt, qualis est, filiæ meæ cum nupserit: has sciamus omnes & vivo testatore impleri posse, & mortuo. Quæ autem positæ sunt in nostra potestate, quas easdem quoties velimus implere possimus, veluti, si Titius decem dederit, si in capitolium ascenderit; has non posse impleri nisi post mortem testatoris. Hæc Ulpianus exemplis demonstrat in *L.* 2. *& L.*

& L. hæc conditio. 10 *in princ. de condit. & dem.*

XVI. Videamus, cum omnes conditiones sint, & pariter ad voluntatem testatoris pertineant, quæ ratio esse potuerit hujus distinctionis introducendæ: quæ ratio aut nulla, aut per quam obscura ab illo reddita est. Et sane si conditio in incertum eventum, non in potestatem nostram collata sit, ejusmodi est, ut quandocumque is eventus secutus sit, voluntati testatoris satisfactum intelligatur. Neque secus de his conditionibus judicandum est, quæ plane non sunt in potestate legatarii, ut cum velit, eas iterum possit repetere. Cum autem hujusmodi aliqua conditio est, si decem dederit, si in capitolium ascenderit: id est, ea, quæ in voluntatem, & arbitrium legatarii collata sit, & ex qua, cum semel factum sit, quod in conditione positum est, hoc idem iterum fieri possit: talis est conditio, ut nisi legatarius judicio id fecerit, non autem fato, non videatur obtemperasse conditioni. Alioqui nihil interit, ex voluntate conditio pendeat, an fato. Ut autem judicio fecisse intelligatur, id est, hoc animo, ut voluntati testatoris obtemperaret, etiam illum scire oportet conditionem esse insertam. Et hæc quidem posterior ratio hactenus apposita est ab Ulpiano in *d. L.* 2. *infi. eod.* Sed hoc etiam deesse videtur. Ut enim hæc omnia concedamus, quid inde efficitur, ut hujusmodi conditiones vivo testatori impleri non posse colligamus? Quid enim prohibet, dicat aliquis, quominus legatarius etiam vivo testatore cognoscere possit insertam esse conditionem? Et hoc pro certo habendum est, neminem quoad testator vivit, hoc scire, & statuere posse, sitne inserta conditio, necne, qui ne illud quidem potest statuere, sitne legatum, an non; testamentum sit, an non sit. Testator enim dum vivit, voluntatem mutare potest; ut dubites, num id legatum, eaque conditio permansura sit, necne, quæ semel adscripta est. Hæc est illa Pauli distinctio, quæ legitur in *L. si jam facta.* 11 *eo. tit.* qua scribit promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur. Veluti, si in capitolium ascenderit, & similia. Non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti si Titius consul factus fuerit. *Promiscuas* vocat, quæ id continent, quod æque hoc tempore atque alio commode fieri potest, [13] quodque potest, quoties velimus, promiscue, & indifferenter. *Non promiscuas*, in quibus non promiscue, non indifferenter id facere possumus, sed aut possumus semel, ut cum uxorem ducere jussi sumus; aut etiam ex eventu pendent, ut in his ea, quæ semel ceciderint, non iterum cadere possint pro arbitrio.

XVII. Cum autem quæritur, intra quod spatium temporis conditio, quæ in potestate nostra sit, impleri debeat, utrumne cum primum licet; an aliquando, quoties facultas erit, id facere sit satis: exstat de eo Juliani sententia in *L. hæc conditio.* 29. *de cond. & dem.* cujus hæc verba sunt: *hæc conditio, si in capitolium ascenderit, sic recipienda est, cum primum potuerit capitolium ascendere.* Quibus verbis declarat quæcumque conditio est, cui facile pareri possit, hoc exigere voluntatem testatoris, ut ei statim pareatur. Talis est enim hæc conditio, si in capitolium ascenderit. Ex quo intelligitur, eum qui secus fecerit, conditione defectum, ac proinde legato exclusum videri, ut nihil prosit postea in capitolium ascendisse. Id hoc modo conficitur. Qui sub conditione quid leget hoc modo, si capitolium ascenderit, idem sub contraria conditione adimere intelligitur. Ut sit hæc ademptio, si non ascenderit, non do, non lego. *L. quidam in fin. de cond. inst. L. quibus.* 40. §. *quidam Titio. de cond. & dem.* Jam vero cum ita legatum est illi, si in capitolium ascenderit, effectum est, sic intelligi conditionem, si cum posset, ascenderit. Quare contraria conditione ademptum intelligetur, si cum posset, non ascenderit. Sumpta est autem hæc sententia ex voluntate testatoris: quem verisimile est, quod fieri voluit, id quam rectissime, & citissime fieri voluisse, ne aut faciendi occasio elaberetur, aut ipsius memoria, & præceptum parvi pendi videatur. Publicæ porro interesse putatur voluntates testantium, quam maxime exitum habere. *L. vel negare. D. test. quemad. app.*

XVIII. Verum hæc sententia in legatis recipienda est. In heredum institutionibus locum non habet. In quibus hæc conditio heredi adscripta, si capitolium ascenderit, si dederit, sic accipitur, si ascenderit, quandocumque potest, si aliquan-

13) Ita melius quam Cujacius, qui 14. *Observ.* 2. promiscuas dici vel quod sint εὐχερεῖς, & promptæ, vel quod nulla fere sit potestativa, quæ non possit esse non potestativa, *L.* 4. §. 1. *de her. inst.* Casualis vero potestativa esse nunquam possit, ut si cras tonuerit, &c.

quando dederit. Id ex eo intelligimus, quod traditum est hujusmodi conditiones institutioni adjectas quovis tempore vitæ etiam supremo impleri posse. Neque hoc solum, cum liberi sub hujusmodi aliqua conditione instituti sunt, quod constat, utpote scriptum diserte in *L.* 4. *L.* 5. *D. de hered. instit. L. ultim. D. de cond. inst.* sed & tunc, cum institutus est heres extraneus. *dic. L. ult. illic, quemdam enim refert. de con. inst.* Quod Pomponius non obscure confirmat in *L. si quis instituatur.* 23. *D. de hered. instit.* cum ita scribit, si heres sub ejusmodi aliqua conditione sit institutus, cui parere facile potest, & conditionem trahat, partes esse prætoris, ut ei præfiniat tempus, intra quod hereditatem adeat. Hoc enim nihil aliud est, nisi ut præfiniat tempus, intra quod conditioni pareat, & adeat; (nam nisi conditio exstiterit, heres esse non potest) alioqui ei actiones hereditarias denegat. In summa ut cogat eum conditioni parare. Quod si ita cogendus est, neque ei aliter actiones denegantur: fit, ut nisi cogatur, conditioni suo arbitratu parere possit; quod si ipso jure deficeretur conditione eo, quod cum potuisset ei parere, non paruisset; nihil aliud a prætore hic postulandum fuit, ne is creditoribus obstaret. Ac differentiæ hæc ratio videtur, quod in legato nulla caussa est, cur legatarius conditionem trahat: in herede [14] summa. Quippe legatum nunquam; hereditas ut plurimum damnosa. Hanc enim onus æris alieni sequitur; non attingit legatarios. *L. si hereditatem.* 32. *D. mand. L. ult. C. de her. act.*

XIX. Videamus, ne in legatis quoque huic sententiæ refragetur, quod in *L. ita stipulatus.* 115. *D. de verb. oblig.* Papinianus ex Sabino probat. Judicat enim, si testator ita quid legaverit, si ipse heres aliquid non fecisset, hoc modo, si capitolium non ascenderit, decem dato: itaque legatum a conditione incipiat: Hanc conditionem, si in capitolium non ascenderit, non sic accipiendam si non ascenderit, cum primum potest: sed hoc modo, si non ascenderit aliquando, ut non ante conditio exstiterit, quam heres mortuus fuerit. Ac ne quis hæc genera conditionum dissimilia esse putet, si in capitolium ascenderit, de quo nunc agimus, & si in capitolium non ascenderit, de quo loquitur Papinianus: in hoc legato, si in capitolium non ascenderit heres, decem dato, intelligitur hæc conditio contraria ad ademptionem, si ascenderit, ne dato, ut ante quoque diximus. *L. quidam. in fin. de cond. instit.* Unde secundum illam sententiam Papiniani hæc ademptio futura est, si quandocumque potest, capitolium ascenderit, ne dato. Sed dicendum est non sane in eo hæc dissimilia esse, quod alia atque alia conditio in his intelligatur: sed sunt in eo, quod de ea conditione nunc agimus, quæ legatario ita injicitur, ut, ea impleta, legatum acquisiturus sit; non impleta, nihil sit debiturus. Loquitur autem Papinianus de conditione non faciendi heredi ipsi proposita ad pœnam, qua non impleta, legatum debiturus sit. Hinc voluntatis interpretatio alia atque alia in utroque. In beneficio enim dando voluntas testatoris benigne accipitur: pœnæ interpretatione non sunt adjuvandæ. *L. cum quidam. D. de lib. & post.* Negari autem non potest, quin si verba sequimur, verum sit eum ascendisse capitolium, qui quandoque ascenderit. Ut sive hoc legatum sit, heres meus, si capitolium non ascenderit, decem dato, illo quandoque ascendente conditio legati defecerit: sive hoc, heres decem Titio dato, si Titius capitolium ascenderit, Titio quandoque ascendente, conditio exstiterit.

XX. Atque hæc quæ de implenda conditione diximus, conveniunt omnia non tantum iis conditionibus, quæ in faciendo sunt, sed etiam iis, quæ sunt in non faciendo: Veluti illi decem, si in capitolium non adscenderit; si Stichum non manumiserit. Sive modum implendæ conditionis quærimus, sive implendi tempus. Sit hæc conditio, si in capitolium non ascenderit. Implebit conditionem legatarius id ipsum faciendo, idest, non ascendendo. Si tempus implendi quæritur, id tum futurum est, cum constabit legatarium amplius ascendere non posse, quod eo mortuo, certum fieri incipiet. Nam ante dum vivit, qui hodie non ascendit, potest cras ascendere, ut adversus conditionem faciat. Qua ratione etiam in contractibus, cum quis ita stipulatus est, si in capitolio non ascendero, dabis? traditur perinde esse, quasi stipulatus esset, cum moreretur, dari.

[14] Licet enim conditioni parendo citra animum adeundi, non per id heres fiat, nec implementum conditionis sit pro aditione, vel gestione pro herede *L.* 13. *de Cond. inst.* Duar. *de Cond. inst.* C. 5. Pac. 3. *Q.* 91. Nam potest institutus ex. gr. Titio 10. dare alio consilio: potest ex. gr. Capitolium ascendere religionis caussa. Potest etiam forte dum deliberat implere, ut postquam deliberavit impleta jam conditione, nihil aditionem impediat: juste tamen conditioni parere recusat, qui dubitat, an alicui bono futura sit sibi impletio. Nam factum revocari nequit. Datum quidem potest condictione repeti, si postea repudiaverit *L.* 1. §. 1. *de cond. ca. da.* sed interest potius retinere quam repetere *L.* 3. *de compens.*

ri. §. *si quis ita. Inst. de ver. obl.* Unum hic dissimile est a cæteris conditionibus, cujus monendi opportunus hic locus fuit. Etsi enim ne ea quidem conditio, quæ in non faciendo est, in testamentis prius pro impleta habetur, quam certum esse cœperit, amplius fieri non posse, quod in conditione erat: non tamen is eventus semper exspectatur, ut in contractibus. *L. hoc jure.* 10. *D. de ver. obl.* Sed ita jus est, ut si conditio collata sit in potestatem sive legatarii, sive heredis, qua injungatur, ut quid faciat, non exspectetur, dum certum sit conditionem exstitisse, idest, nihil usque adversus eam factum esse, neque deinceps fieri posse. Sed, desiderante eo, cui hæc conditio injecta est, statim repræsentetur relictum. Sive ea est hereditas, sive legatum, aut fideicommissum: dum is caveat, nihil se ejus factorum in posterum, quod testator vetuit. Si contra fecerit, una se & rem, & fructus ejus rei, sive id quod interest ejus, ad quem ea res pertinet, restituturum. Hæc est illa cautio, quæ vocatur *Muciana*, cujus utilitas dicitur consistere in conditionibus, quæ in non faciendo conceptæ sunt, puta si in capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit, et similibus. Cujus cautionis remedium non in legatis solum, verum in [15] hereditatibus quoque admissum est: sic enim de ea scribit Ulpianus in *L. Mucianæ.* 7. *D.* de con. & dem. *Muciana* dicta a Q. Mucio Scævola videlicet, quem constat de jure scripsisse, multa suis civibus cavisse. Quo in genere cum ab illo & inventa, & composita cautio esset, dici cœpit ab auctore Muciana. Quomodo Aquiliana stipulatio dicta, quæ a Gallo Aquilio hujus Mucii discipulo composita, et inducta est. Ut & regula Catoniana, quæ auctorem Catonem haberet. De quo etiam dixi supra in regula Catoniana. Utilitatem hujus cautionis & remedium nominat Ulpianus, & recte: quia cum ex superioribus conditionibus non prius legatarius legatum, heres hereditatem consequi possit, quam si certum fiat amplius fieri non posse, quod testator vetuit, si quidem penitus hujus conditionis eventum exspectare volumus, ut fit in cæteris conditionibus: hic beneficio, & remedio hujus cautionis interpositæ superiores consequuntur, ut statim repræsentetur tum legatum, tum hereditas.

XXI. Atque in hac repræsentatione versari istam utilitatem, & remedium constat ex *L. heres meus.* 79. §. *qui post. L. cum sub hac.* 67. *D. de cond. & dem.* Nec minus iisdem locis docemur, cautionem Mucianam continere eam promissionem quam supra indicavi, nisi quod de eo, cui caveri oportet, superioribus locis nihil adjicitur. Hoc ergo sumendum ex *L. is. cui.* 18. *eo. tit.* ubi de eo hæc definitio est: *is cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem jure civili deficiente conditione hoc legatum, eave hereditas pertinere potest:* Ergo cavebit legatarius heredi, a quo legatum accipit; heres coheredibus suis, si forte pluribus institutis unus sub hujusmodi aliqua conditione fuerit institutus. Quod si unus solus institutus sit, quia non habet, cui caveat, placet conditionem pro [16] imple-

15) Et in donationibus mortis causa, *Nov.* 22. *C.* 44. §. *ult.* Cujac. 14. *Obs.* 32. Gomez. 2. *Var. Resol.* 4. n. 16. Sed bene monet. A. Fab. 2. *Conject.* 16. non id indistincte verum esse, sed tantum in casu illius Novellæ inter conjuges, videlicet ubi ratio specialis, ne alias quod in honorem bene transacti matrimonii relictum est, non ipsi conjugi, cui honor habitus est, acquiratur, sed ipsius heredi. Non autem huic cautioni locus in donationibus inter vivos; nec in stipulationibus, ac contractibus. hanc differentiæ. Legatum ex sola defuncti voluntate pendet, qui his verbis ex. gr. *Si Capitolium non ascenderit*, non contulit id nominatim in ultimum vitæ momentum: Stipulatio valet ex utriusque consensu, nec tantum videndum quid unus, sed & quid alter senserit. Et imputari potest, quod Lex non apertius dicta contraxit. Ita Cujacius. Sed solidior, & verior videtur ratio Fabri, de qua *N.* 18. Sunt qui dissentiant, quos refellit Gomez 2. *Var. Resol.* 11. *n.* 37. & Forc. Necyom. *Dial.* 94.

16) Sed A. Gentil. 4. *Lect.* 13. si unus ex asse institutus, caveri debere heredibus legitimis futuris per rationem *L.* 18. *h. t.* & *per tex. Nov.* 22. *C.* 44. §. *ult.* Ad *d. L.* 7. §. 1. Respondet Gentilis, non eam esse in specie illic proposita, decisionis rationem, quod ab intestato venienti non caveatur, sed quia adeundo vere impletur conditio negativa illic ab herede mariti. Efficitur quippe ne petere, & exigere possit dotem. Nam a quo peteret nisi ab uxore. Atqui huic heres ipse est, & mulier. Et recte, convenienterque ipsis §. 1. verbis non obscuris, ut mirandum videatur hoc quidem loco motum nostrum, cum DD. vulgo statuere unico heredi scripto, conditione hac adjecta, remitti præstationem cautionis. Male autem omnino Cujac. 5. *Obs.* 2. & ipse putans (ac recte hoc) legitimo caveri. Resp. ad *d. L.* 7. §. 1. ibi conditionem fieri impossibilem, rem omnino invertens. Quin immo fit conditio plane contraria impossibili, & si sic vocare licet necessaria, seu omnimodo exstitura *L.* 9. §. 1. *de novat.* cujusmodi actum non suspendit, sed is purus est *L.* 7. *de V. O.* Si impossibilis esset, non posset non petere dotem maritus. Atqui hic non potest petere, & necessario existit quod est in conditione, *non petere dotem*, non vero necessario deficit. Impossibilis quodammodo cautio hoc casu dici poterit, non conditio. Obstat *L.* 5. §. 1. *de cond. inst.* Cujac. 5. *Obs.* 2. ideo ibi esse conditionem impossibilem, quia servus adita hereditate desinit esse hereditarius, ideo non posse cautionem interponi de eo, quod fieri nequit. Pro tempore autem ante aditam hereditatem frustra caveret non aditurus. Quibus addere potes, quod etsi non mox aditurus, certum tamen sine cautione sit, non alienaturum eum servum, cujus dominus nondum effectus. Sed recte responsionem hanc refellit Gentil. *d. C.* 13. (1) Quia rationi huic etiam eo casu, quo heres datus, locus. (2) Sæpe etiam dicitur hereditas quæ adita *L.* 10. §. 2. *de Vulg.* & testatoribus hæ subtilitates ignotæ. Respon. igitur Gentilis, impossibilem dici conditionem, non quia non sit, de quo caveatur, sed quia non est cui. Contendit autem *d. L.* 7. accipi debere, si nulli sint, ad quos hereditas pervenire possit, scilicet substituti, vel legitimi. Quæri enim ibi, & explicari non quibus cautio præstanda, sed si præstanda, quomodo impleri conditio debeat. Sed hæc ut aures demulceant, animum non saturant. Nimia hæc divinatio est, & generalis decisionis ad casus raros, & insolentes restrictio. Quidni vero hoc

pleta habendam: eoque non impediri eum, quominos statim adeat hereditatem. *L. Mucianæ. 7. in fin. de cond. & dem.*

XXII. Habet autem hæc [17] cautio satisdationem: quia sine satisdatione non satis idonee heredi, sive ad quam res reditura est, caveatur, *d. L. cum sub hac.* 67. *L. hoc genus.* 106. *D. de condit. & dem.*

XXIII. Sed cur in boc genere conditionum testamento injectarnm, non similiter earum eventum, & impletionem exspectamus, ut in contraetibus, cum quid sub ejusmodi aliqua conditione stipulator stipulatus est? Quia in contractibus certa lex ab initio stipulationi dicta est: quam invito debitore mutare non licet. Cujus hæc mens est, ut quoad per legem stipulationis conceditur, quam minimo teneatur. *L. vero.* 12. *D. de solut.* Non sic in testamentis voluntatem testantium interpretamur: sed hoc modo potius, ut quibus testamento suo consultum voluerunt, his quam plenissime consulatur, quod sine fraude, & incommodo voluntatis testantium fiat. *L. in testamentis. D. de regul. juris.* Quod in hac specie repræsentato statim legato, & superiore cautione interposita, efficitur. Hoc enim præstat hæc cautio, ut aut hujus metu nolit legatarius unquam contra conditionem facere; aut si contra faciat, res legata sic ei avocetur, quasi nunquam esset tradita, idque heres propter satisdationem tuto consequatur.

XXIV. Sed si voluntatem testantium sic interpretamur in hac specie, ut diximus, cur hac cautione in his conditionibus, quæ in non faciendo sunt, in testamentis introducta, non eamdem in iis, quæ in faciendo sunt, recipimus, ut cui legatum est sub conditione, si decem dederit, si Stichum manumiserit, statim legatum accipiat, si caveat se decem daturum aut Stichum manumissurum? Eo fit, quod cum possit legatarius dare aut facere, quod jussus est, nisi ita dederit, fecerit, non est audiendus. Dando enim, aut faciendo, quod dare facere debemus, non promittendo nos daturos, aut facturos, hujusmodi conditiones implemus. Cum autem conditio in non faciendo est, nihil aliud in hoc genere de se præstare potest legatarius, nisi promittere se non esse facturum, quod conditio fieri non vult, in eamque rem quod necesse sit, idoneam cautionem heredi offerre.

XXV. Sciendum tamen non in omnibus conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, locum esse Mucianæ cautioni. In his esse, quæ morte legatariorum finiuntur, veluti, si in Asiam non venerit, & si quæ sunt similes. *L. Titio* 73. *de cond. & dem.* Quæ vero vivo adhuc legatario existere possunt, in his superiori cautioni locum [18] non esse; sed exspectandum esse eventum conditionis, quo certum fiat amplius contra fieri non posse. Talis est hæc conditio, illi, si Titio non nupserit. Ex qua placet non ante legatum deberi, quam certum esse cœperit illam Titio nubere non posse: quia duobus temporibus accidere possit, ut legataria viva existat conditio, si aut interim Titius mortuus fuerit, aut legataria alii nupserit. *L. hoc genus* [19] 106. *L. cum tale.* 72. §. 1. *L. avia.* 77. §. *Muciana. L. pater.* 101. §. *sacrus de cond. & dem.* Si tamen ita legatum sit Titiæ, si a liberis non discesserit, putat Papinianus Titium Mucianam cautionem hic offerre posse, & statim legatum debere consequi: quamvis illa viva possit existere conditio, puta liberis interim decedentibus.

ro hoc casu caveatur fisco, ad quem hereditas caduca perventura? Denique non animadvertit Gentilis in specie, quam fingit, cautionem, quodammodo quasi impossibilem videri posse, conditionem non posse. Nam si impossibilis fieret conditio *si non alienaverit*, non posset non alienare, seu necessario alienaret, quod & falsum est, & defuncti voluntati adversum. Acuta A. Fab. 2. *Conject.* 6. ideo impossibilem conditionem hanc vocari, quod cum ante aditam hereditatem impleri debeat, *ex natura cujusvis conditionis institutioni adjectæ*, ea tamen non nisi adita hereditate impleri potest. Quod inde constabat, quia si ante aditionem decesserit heres, non potest dici conditio impleta. Nam quod non alienaverit inde est, quia non potuit alienare eam, cujus dominus non fuit, non quia noluit. Quare omnes non faciendi conditiones, quæ nec cautionis Mutianæ remedio, nec alterius, quam ejus, cui adscriptæ sunt, morte impleri possunt, impossibiles. Cur autem cautioni hic locus non sit, ratio ex voluntate testatoris, qua hic ut post aditionem conditioni satisfiat. Quæ præpostera conditionis natura est. Utrumque voluit testator: Heredem non prius esse scriptum, quam conditione impleta; & Conditionem non prius impleri quam adita hereditate. Quæ pugnantia sunt, ubi unus heres. Ubi autem cohæres datus, utrique voluntati satisfieri potest. Adiri enim potest hereditas e coherede pure scripta; tum conditio ab altero impleri. Aliud esset si sic facta institutio: Titius heres esto, *si servum suum non alienaverit.* Quia hæc conditio ante aditam hereditatem impleri potest, ideoque legitimis cavendam. Ita Faber Quibus quod firmius proferam in præsenti non habeo.

17) An hæc stipulatio sit Prætoria, vid. Gud. *de Contrah. stip. C.* 5. *Concl.* 19. *n.* 290. qui affirmat.

18) Ita & A. Fab. 2. *Conject.* 16. quia tunc etiam omissa cautione voluntas testatoris exitum sortiri potest. Quæ inanis esset ubi conditio existit demum moriente honorato. Existentia enim conditionis non facit, ut legatum sit acquisitum. Non acquisitum vero ad heredem non transmittitur. Itaque legata intercciderent, nisi hujus cautionis remedium inventum esset. Atque hæc quoque vera ratio, cur cautioni huic in contractibus locus non sit, ut si promisi tibi ex. gr. sub conditione. *Si Capitolium non adscenderis.* Quia ibi existente conditione eo tempore, quo stipulator moritur, heredes ejus ex stipulatu actionem habent, vid. & A. Gentil. 2. *Lect.* 1.

19) Ubi A. Fab. *ad L.* 7. §. 8. *de pact.* voce *nihilominus*, sede sua dimota restituit, *nihilomagis.* Quod loci sententia non admittit, quia sic legatum plane intercideret.

bus. Hoc ille in *L. cum tale.* 72. *in pr. de cond. & dem.* Quod ita se sentire dissarit, non quod non fateatur certum jus esse, ubi conditio vivo legatario exsistere potest, ibi Mucianam cautionem cessare: sed quod non existimet in proposito mortem liberorum exspectari debera. Ominosum enim id esse, & repugnare voluntati matris, quæ filios victuros sperabat; certe ut viverent, optabat. Cui voto hæc interpretatio non admittendæ cautionis contraria est. Cur ergo in hoc genere repudiatur cautio Muciana potius, quam in superiore, cum quo citius conditio impleri potest, eo magis videatur legatario consulendum? Putem hanc esse rationem differentiæ, quod quæ conditiones non nisi morte legatarii finiuntur, hæ sunt in solidum in potestate legatariorum, ut merito illorum facto, & fideicommitti debeant. Quæ autem aliquo alio casu ipso legatario vivo exsistere possunt, apparet eas non esse in eorum potestate. Quo fit, ut cum ex casu pendeant, etiam is casus sit expectandus.

XXVI. Plane si quæ sint conditiones, quæ vivo adhuc legatario finiri possunt, in quibus illud ipsum, quod fieri non debuit, in sola potestate fuerit legatarii; etiam hæ ejusmodi esse judicandæ sunt, quæ oblata cautione legatarium statim admittant. Qualis est hæc conditio, si Stichum non manumiserit. In qua aperta & sine hæsitatione respondetur a veteribus legatarium uti posse remedio Mucianæ cautionis, ut si cautionem offerat, statim ad legatum admittatur. *L. Mucianæ.* 7. *L. cum sub hac* 67. *de cond. & dem.* Et tamen servus vivo legatario emori potest, ut axinde certum esse incipiat eum amplius manumitti non posse. Sed ut servum quis manumittat, in ipsius domini solum voluntate positum est, non etiam servi, qui volente domino etiam invitus manumitti potest.

CAP. XXXIV.

Conditio non impleta, quando jure pro impleta habeatur.

Quæ conditiones non ex facto nostro, sed ex casu pendent, eas omnino impleri oportet. Nulla ex hoc genere non impleta unquam pro impleta habetur. I.

De iis autem, quæ in potestatem nostram collatæ sunt, ita jus est: ut quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fit, quo minus impleatur, perinde habeatur ac si impleta conditio fuisset. Idem est, si per eum fiat, in cujus persona conditioni parendum. II. VIII.

Si per legatarium non stet, quo minus impleatur, non habetur pro impleta; usque adeo, ut etiam morte ejus, in cujus persona conditio implenda est, legatarius conditione deficiatur. III. VIII.

Si quis hac conditione institutus sit, si Stichum manumiserit, & Stichus ante, quam manumittatur, decesserit, conditio deficit. IV.

Huic sententiæ videri obstare locus Ulpiani in L. *quæ sub conditione* 8. §. *quotiens* D. *de condit. instit. Vulgaris interpretum distinctio profertur. Confutatur.* V. VI.

Ulpiani locus exponitur. Conciliatur. VII.

Excipiuntur tres species ubi mors non facit deficere relictum. IX. X. XI.

I. De ratione implendæ conditionis satis. Reliquum est, si forte conditio, quæ impleta non est, aliquando pro impleta jure habatur, quando id conditioni tribuatur, videamus. Ac de toto genere earum conditionum, quæ ex casu, non facto nostro pendent, sic in universum recte definiatur, nullam esse hujus generis, quam non impleri oporteat: nullam, quæ si impleta non sit, pro impleta debeat haberi. Cum enim in his res omnis pendeat ex casu, necesse est hunc esse eventum, qui exsistente conditione adjiciat legatum legatario: deficiente ea, contrario casu illi adimat.

II. At quid, si [1] conditio in potestatem nostram, & arbitrium collata sit? nonne videatur satis esse, si conditioni pareamus, si pos-

[1]) Conditiones in triplici sunt differentia. Casuales, Potestativæ seu arbitrariæ, & mistæ *L. un.* §. *sn* *a.* 7. *Cod. de Cad. toll.* vid. Cujac. 14. *Obs.* 2. Ouar. *de Cond. Instil. Cap.* 5. *f.* 414. Gomez. 1. *Var. Resol.* 12. *n* 60. Vasq. *Ill. Contr. Lib.* 5. *Cap.* 93. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 1. *n.* 10. *& seq.* ubi *& n.* 14. non posse de hoc certam regulam constitui quæ conditio sit potestativa, cum ea res facti magis, quam juris sit *L.* 4. §. 1. *de her. instit.* ideoque ex circumstantiis æstimanda, & judicanda.

si possumus. Si autem per nos non stat, quominus pareamus, consentaneum esse, ne quid amplius requiratur? Et in hac re generalis illa regula est non solum ad legata, sed etiam heredum institutiones, nec non stipulationes pertinens, ut quoties per eum, cujus interest conditionem impleri, fit, quominus impleatur, perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset. Definitio totidem verbis tradita in *L. jure.* 24. *D. de condit. & dem.* Eum, cujus interest conditionem non impleri accipimus heredem, & generaliter eum, quisquis est, qui impleta conditione debiturus est. Ex quo est illud Pauli in *L. Julius.* 81. *in fin de condit. & dem.* Tum demum pro impleta haberi debere conditionem, cum per eum stat, qui si impleta esset, debiturus erat. Neque aliter refertur asperior illa definitio in regula juris, quæ exstat de hac re in Pandectis Florentinis in *L. in jure. de reg. jur.* Quod rectius videtur, cum sit utrobique definitio ejusdem auctoris Ulpiani, cæteris partibus per omnia iisdem verbis constans. In vulgaribus tamen exemplaribus usque ad hæc tempora etiam hoc modo de hac re regulam constanter traditam legimus, ut dicatur perinde esse, quasi conditio impleta esset, quoties quominus impleatur, fit per eum cujus interest non dico conditionem non impleri negative, ut supra; sed conditionem impleri affirmative: sic regula tradita legitur in *d. L. in jure. de reg. jur.* Nec male [2] hoc quoque: dum eum, cujus interest conditionem impleri, hic intelligamus [3] eum, in cujus persona conditioni parendum, & ad quem ex conditione commodum aliquod rediturum est, ut illic aliquod incommodum. Quæ ita esse facile ex alio Ulpiani loco intelligemus, in quo ille rem totam pœne diserte explicat. ea est. *L. 5. infr. quand. dies leg. ced.* verba hæc sunt: *Si qua conditio sit, quæ per legatarium non stat, quominus impleatur, sed aut per heredem, aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere conditioni, ejus dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur: Ut puta, si jussus sim heredi decem dare, & ille accipere nolit. Sed etsi mihi ita legatum sit, si Sejam uxorem duxero, nec ea velit nubere; dicendum erit diem legati cedere, quia per me non stat, quominus pāream conditioni, sed per alium stat, quōminus impleatur conditio*: hacteous ille. Cui congruit, quod Papinianus respondit. Si pupillus aut tutor ejus, conditionem in personam ejus collatam impediat, conditionem impletam videri. *L. cum pupillus.* 78. *de condit. & demonst.*

III. Ex quibus apparet, ut conditio pro impleta habeatur, non esse satis [4] per legatarium non stare, quominus conditio impleatur, sed hoc etiam accedere debere, ut per eum stet, qui debiturus erat impleta conditione, aut eum in cujus persona conditioni parendum fuit. Quod ita fiet, si horum alteruter conditionem impleri non patiatur, idest, si cum legatarius paratus est dare, aut facere, quod jussus est, horum aliquis admittere recusat. *L.* 3. *L. si quis testamento.* 11. *L. mulier. in princip. de condit. instit. L.* 1. *C. de instit. & substit. sub. cond. fac. d. L.* 5. §. 1. *quand. di leg. ced.* Ex quo intelligi debet, si quia horum nihil recusaverit, quanvis legatario humanitus quid contigerit, ne conditioni pareret, cum id facere paratus esset conditione tamen eum defectum videri. Plus dicimus etsi nihil in persona legatarii accideret, sed ejus, in cujus persona conditio implenda fuit, conditionem defecisse. Ut puta, qui Titio dare jussus est, ideo dare non potuit Titio, non quia ille nollet, sed quia aote, quam dare posset, Titius vita functus est. Qoia per Titium nihil factum est, quominus acciperet, quod oblatum oon est, morte ejus legatarius conditione deficitur. *L. cum ita.* 94. *in princip. L. penult. in princip. D. de condit. & demonstrat.* Idemqoe dicendum est, si quia heres institutus sit hac conditione, si Titiam uxorem duceret, & illa ante, quam de conditio-

ne

2) Consentit P. Fab. *ad. d. L.* 161. Ut nec vocula *non* sit inserenda *d. L.* 24. ut fecit Haloander, ref. A Aug. 4. *Emend.* 17. *pag.* 218. & vult. Hot. 5. *Obs.* 8. nec transponenda in *d. L.* 161. ut sic legatur: *quoties per eum, cujus interest, conditionem impleri non fit, &c.* ceu contendit Goth. *in not. d. L.* 161. Intelligens *per eum, cujus interest impleri*, legatarium, alioque conditione oneratum. Nam imme sic falsa redditur sententia, quia non sufficit per legatarium non stare, ut noster recte ostendit.

3) Aliter Duaren. *de Cond. Instit. Cap. ultim. cir. fin.* neque per eum, cujus interest impleri, intelligens debiturum legatum, vel relictum uti per eum, cujus interest impleri ut utriusque lectionis affirmantis, & negantis sensus plane idem sit. Sed melius noster. Nam Duareni interpretatio adaptari nequit conditioni institutioni adjectæ. Quis enim ibi qui debeat hereditatem? Et interest mea fieri ex quo, si fiet, commodum, non ex quo diminutionem, & damnum spero. Extenditur autem hæc regula, ut idem sit etsi per tutorem ejus, cujus interest, fiat quo minus impleatur *L.* 34. *de leg.* 2. *L.* 11. *de man. test.* ubi Cujac. 9. *ad Afr.* P. Fab. *ad L.* 39. & *L.* 161. *de R. I.*

4) Cujac. 2. *ad Afr. ad L.* 31. *hoc tit.* sic: Conditio, cui debitor, a quo legatum est, impedimento est, pro impleta habetur *L.* 24. *hoc tit.* item quæ deficit culpa ejus, in cujus persone implenda est. *L.* 5. §. 3. *Quan. di leg. L.* 1. *Cod. de inst. & subst.* Non autem cui alius impedimento est *L.* 23. §. 2. *ad L. Aq.* non si mortalitas obstiterit *L.* 31. *hoc tit. L.* 4. *de cond. insert.* non si ejus, cui adscripta, facto defecerit *L.* 3. *C. de cond. insert. L.* 2. *C. de inst. & subst.* vid. idem 17. *Obs.* 22.

ne implenda ageretur, decesserit, *L. in testamento.* 31. *de condit. & demonst. L.* 1. *C. de inst. substit. L. legatum. C. de condit. inscr.* Quid ergo interest, dixerit aliquis, quomodo legatarius impeditus sit, quominus Titio daret, utrum ob id quod Titius accipere noluit, an quia Titius mortuus est: cum utroque modo per legatarium non steterit, & si quid in hac re contigit, in Titii persona contigerit, non legatarii? In legatarii persona, & ejus facultate nihil interest; in voluntate testatoris plurimum. Ei enim ex voluntate testatoris satisfactum est, cui testator datum voluit sive ille datum sit, sive sit oblatum, & ille accipere noluerit. Ei vero, qui mortuus est, satisfactum esse dici non potest. Neque enim recusavit, cui nihil oblatum est, qui si viventi pecunia offerretur, fortasse eam acciperet. Nec ad rem pertinet, quod per legatarium non statit, quominus vivo daret, quod enim vivo offerre potuit, casus fecit, non voluntas Titii. Quod autem ille accipere noluit, pro eo est, ut dixi, ac si datum esset.

IV. Quid dicemus, si quis hac conditione institutus sit, si Stichum manumiserit, & Stichus ante, quam manumitteretur, decesserit vel vivo, vel mortuo testatore? Consequens est superioribus scilicet, morte Stichi heredem conditione defectum intelligi. Hoc & Ulpianus probat in *L. inde Neratius* 23. §. 1. *D.* ad leg. Aquil. *Item Julianus scribit*, inquit, *si institutus fuero sub conditione, si manumisero Stichum, & Stichus sit occisus post mortem testatoris, in æstimationem hereditatis pretium me consecuturum. Propter occisionem enim defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis æstimationem cessare; quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur.* Quibus verbis ostendit Ulpianus, occiso servo etiam vivo testatore, conditionem institutionis deficere; quippe cum fateatur hereditatem dominum adire jam non posse: sed neget ejus damni ullam rationem haberi in actione legis Aquiliæ, quia ante non esset certa spes fore, ut heres institutus hereditatem haberet, etiam si vellet, & servus viveret, nec posset eo vivo hereditatem adire: & fieri posset, ut heres institutus interim decederet. Nec ad rem facit, quod testator decedere potuit herede, & Sticho vivo. In lege enim Aquilia, inquit, retrorsum quanti plurimi res fuit inspicitur.

V. Quid est ergo, cum hoc exemplum in eadem ratione positum sit, & exempli genere, non ratione distinguatur, cur in hoc potius dubitemus, ut de eo potissimum quærendum putaremus? Quia videtur Ulpianus idem in hac specie contrarium scribere in *L. quæ sub conditione.* 8. §. *quoties. D. de condit. instit.* Ejus verba hæc sunt: *Quoties heres jurare jubetur daturum se aliquid, vel facturum, quod non est improbum: actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit, vel fecerit id, quod erat jussus jurare. Mortuo autem, vel manumisso Sticho vivo testatore, qui ita heres institutus est, si jurasset se Stichum manumissurum: non videbitur defectus conditione, quanvis verum sit compellendum eum manumittere, si viveret.* Deinde addit, quod etiam in omnes conditiones valere videatur: *Idem est, etsi ita heres institutus esset quis, Titius heres esto ita, ut Stichum manumittat; aut, Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat. Nam mortuo Sticho nemo dicet summovendum eum. Non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit. Implenda est enim voluntas, si potest.* Quo quid magis contrarium posse dici videtur? De cujus loci sententia magna dissensio est. Et Accursius de hoc genere toto distinctionem Joannis refert in *L.* 1. *C. de inst. & subst.* quam Bartolo, & reliquis interpretibus placere video. Hic igitur ab illis conditionum distinctio talis introducitur, ut dicant quoniam hæc conditio, si Stichum manumiseris, ejusmodi est, quæ in solius legatarii, aut heredis, cui adscripta est, voluntatem collata sit, ejus quoque solius in ea voluntatem esse spectandam; ut si velit Stichum manumittere, nec tamen possit, conditio omnimodo pro impleta habeatur. At si conditio mista sit: id est, in voluntatem heredis, & alterius tertii conferatur, qualis est hæc: si Titio decem dederit, si cum Seja in matrimonium coierit (neque enim Titio decem dabuntur, nisi ille accipiat, neque Seja, nisi voluerit, nubet) in hoc genere, inquam, hoc evenire, ut morte ejus in cujus persona conditio implenda est, heres, aut legatarius conditione deficiatur. Quæ distinctio quid ad rem pertineat, non intelligo. Nempe enim huc redit, ut Stichus cum manumittitur, quominus liber fiat, recusare non possit. *L. ult. §. licet. C. de test. mand.* cum autem Titio decem offeruntur, possit Titius, si videatur, non accipere. Sed hæc ita sunt, si quidem Sticho libertatem, aut Titio decem legatarius dederit. Nunc autem hoc quæritur, Sticho non manumisso, utrum mi-

minus casu impeditus videatur heres, quominus eum manumitteret qui morte ejus impeditus est, quam is, qui decem Titio dare jussus ideo dare non potuit, quia Titius ante decesserit. Quod profecto dici nullo modo potest. Si igitur ideo conditione deficitur, qui Titio decem dare jussus erat, si ob id dara non potuit, quia Titius ante decesserat: etiam is conditione deficietur, qui ideo Stichum non manumisit, quia jam ante Stichus esse desierat. Utrumque enim non fecisse, quod in conditione erat, palam est, & utrique quominus conditionem impleret, casum, id est, mortem ejus in cujus persona conditio implenda erat, obstitisse verum est. Aut e converso si in Sticho ideo conditio pro impleta habenda est, quia per legatarium non stetit, quominus illum manumitteret, qui ante decesserat: quid est, cur magis per eum stare intelligatur, qui quominus ex conditione Titio decem daret, morte Titii impeditus est? Hic illorum ratio est. Magis enim onerare voluit testator eum, cui conditionem apposuit, quæ ex voluntate quoque alterius penderat, quam eum, cui illam adscripsit, quæ in ejus solius voluntate posita esset. Falsum. Nam etsi is, in cujus persona conditio implenda est, nolit accipere, quod offertur, conditio pro impleta habetur non minus, quam si accepisset. Nihil ergo extranei voluntas, aut recusatio de facultate implendæ conditionis mutat. Superest igitur, ut si qua in re plus oneratus sit is, cujus conditio etiam in voluntatem alterius collata est, onus in eo sit, quia conditio hæc aliquo modo ex casu pendeat, puta quia mori possit extraneus ille, propter cujus mortem efficiatur, ut conditio in ejus persona amplius impleri non possit. At jam ante ostendi, idque ipsum est in promptu, casum hunc ad omnes conditiones ex æquo pertinere, quæ in alterius persona implendæ sunt, ut mori possit is, quisquis est, ante quam illi dari, illi denuntiari quidquam ex conditione potuerit.

VI. Quid, si illud etiam falsum est hanc conditionem, si Stichum manumiserit, in solius legatarii domini voluntate sitam esse? Stichum invitum scilicet manumittere potest legatarius. At potest Stichus ante quamdominus ad manumittendum venerit mori vel repentino; & si de voluntate Stichi quærimus, potest is sibi manus afferre; potest etiam aufugere, ne in domini potestatem veniat. Quibus rebus efficitur, ut quanvis parato domino manumittere, servus manumissioni, & potestati domini se subtrahat. Non est igitur, non dico, hæc conditio, si Stichum manumiserit; sed ne ulla quidem alia in potestate solius legatarii sita, quæ modo talis sit, ut in persona alterius impleri debuerit. Ac vereor, ut ulla in voluntate nostra sita esse dicenda sit. Nam et illi, si capitolium ascenderimus, multa impedimento esse possunt, quominus exsistat, etiamsi ad ascendendum profecti simus. Morte præveniri possumus. Vis fluminis, aut tempestatis repentinæ obstare potest. Potest etiam capitolium ruere. Quæ ut ita non sint, quid ad illud Ulpiani dicant, qui occiso servo nominatim propter occisionem servi deficere scribit conditionem, sub qua hares institutus erat, si servum manumitteret? *d. L. inde Neratius*. §. 1. *ad. leg. Aquil.* Interest, inquiunt, [5] utrum Stichus naturaliter mortuus sit, an ab alio sit occisus. Scire velim igitur, cur servo naturaliter mortuo conditionem pro impleta haberi putent. Quid potest esse caussæ, nisi quod cum conditio in potestatem heredis, aut legatarii collata fuerit, mortuo Sticho per eum stare non intelligitur, quominus Stichum manumittat? Quid est ergo, quod magis per heredem stare intelligatur, quominus manumittat, ubi Stichus ab alio occisus est? At cum Stichus est, inquiunt, potest heres hereditatis æstimationem consequi ab eo, qui occidit; ubi autem sua natura mortuus est, a nullo. Quid hoc est? nunquamne isti quid ad rem dicant, attendent? Quasi vero facultas implendæ conditionis ex alieno facto pendeat, non ex voluntate, & judicio testatoris. Si voluntate testatoris pro impleta conditio hæc habetur, ubi Stichus mortuus est, quia etiamsi vellet heres, conditionem implere non potuit: quid interest, quæso ad voluntatem testatoris, quomodo factum sit, quominus heres Stichum manumitteret, naturane, an alieno facto? Si testator nihil imputari voluit ei, qui cum vellet conditionem implere, non potuit: hujus voluntatis fructum heredi, aut legatario alius auferre non potest. At enim potest heres æstimationem hereditatis consequi ab eo, qui occidit. Ita sane potest, si conditio hæreditatis defecerit. Sed prius eam defecis-

5) Hanc solutionem dicit Cujac. *ad L. 39. de R. I.* rationem habere, cujus contrarium noster ostendit. Ipse autem *ibid. & 17. Obs.* 22. distinguit inter post mortem testatoris occisum ubi jam debuerat manumitti, *d. L.* 23. §. 2. & mortuum vivo testatore *d. L.* 8. §. 7. & *L.* 54. §. 1. *de leg.* 1. ubi non potuerat. Non male. De conditione *Si Stichum manumiserit.* Vid. & Fr. Sarmient. 2. *Select. Interpr.* 2. n. 6. 7. & 8.

fecisse aliis rebus probandum erat. Non enim ideo conditio deficit, quia pretium hereditatis ab occisore consequi possumus: sed quia defecit conditio, ideo hereditatis pretium consequimur. Sed fieri aliter non potuit, quin cum semel in principio falsum posuissent, paulatim progrediendo in multas absurditates illorum ratio incurreret.

VII. Non erat scilicet, cur illo superiore loco Ulpiani moverentur, ut hanc distinctionem introducerent. De cujus loci sententia nunc ita dicam, ut intelligatur nihil prorsus fuisse, cur de superiore definitione quidquam commutaretur. Scribit Ulpianus in *L. quæ sub conditione* 8. §. *quoties de cond. instit.* mortuo, vel manumisso Sticho vivo testatore, eum qui ita heres institutus est, si jurasset se Stichum manumissurum, non videri defectum conditione. Institutus est igitur heres non hac conditione, si Stichum manumisisset, sed hac si jurasset, se Stichum manumissurum. At hæc conditio remittitur: ut si legatum hac conditione relictum sit, remissa conditione legatum pro puro habeatur; & si legatarius, priusquam manumittat Stichum, decedat, legati petitionem ad heredem suum transmittat. Idque diserte Ulpianus idem testatur in *L.* 5. §. *sed si ea. D. quand. di leg. ced.* Plane nihilominus Stichum manumittere debet, quamvis conditio jurisjurandi remittatur, ut ibidem Ulpianus scribit. Sed hoc perinde est, quasi sine conditione, aut quasi sub modo facere id jussus rogatusve esset. Id quod tale est, ut implere debeat, si possit. Ni faciat, cum possit, aut legatum ei anferatur, aut si heres institutus sit, priusquam id fecerit, hereditariæ actiones ei denegentur. Quod si id non potest; neque id, quod ipsi impossibile est, ab eo exigemus, & legatum, aut hereditas apud eum nihilominus manebit, quia sub hac conditione non erat ei legatum, aut hereditas relicta. *arg. in L. si fundum per fideicommissum.* 92. §. 1. *de legat.* 1. Inde si pœna heredi, vel legatario, vel ei, qui ex ultima voluntate aliquid lucratur, hac conditione injuncta sit, si non fecerit, quod a testatore jussus erat, puta arbitratu Titii monumentum; placet, eam pœnam non committi, si is, qui jussus est facere, non potuit, etiamsi per eum staret, cujus arbitratu jussus fuerat. *L. multa.* 7. *L. in testamento.* 27. *de condit. & demonstrat.* At jurejurando remisso manere conditionem si Stichum manumiserit, & hoc differre a modo munere videtur Ulpianus: primum, quod non aliter heredem sub hac conditione institutum ait actiones hereditarias habiturum, quam si fecerit, quod facere jussus est: deinde quod subjicit, etsi id factum non sit, cum facere non posset, non videri defectum conditione. Quæ movere nos non debent. Non enim quia id facere debet, quod jussus est, ideo in ea re conditio inest. Etenim si in institutione conditio esset, inesset & in legato: quod falsum est. Et res ita habet. Prætor conditionem ita remittit, ut velit heredem prius testatoris voluntati satisfacere. Quod autem ait Ulpianus, heredem, qui Stichum manumittere non potest, non videri defectum conditione: ideo dicit, non quod conditio ulla manumittendi Stichum insit, sed quia conditio ipsa ita remittitur, ut tamen heredi necessitas imponatur id ipsum implendi, quod in conditione fuit, non quasi conditio adscripta esset, sed quasi modus. Denique quam conditionem prius hic vocarat, postea modum nominat. Nec abs re: cum ita scriptum sit in *L.* 1. *C. de his, quæ sub mod.* in legatis, & fideicommissis etiam modum adscriptum pro conditione observari. Sed hactenus pro conditione, ut modus implendus sit, si potest, non aliter quam conditio: sed hoc differat, quod si morte ejus, in cujus persona impleri debuit, factum sit, ne impleretur, nihil heredi ea res, aut legatario noceat. *d. L. si fundum per fideicommissum.* 92. §. 1. *de legat.* 1.

VIII. Summa igitur de his conditionibus hæc erit, ut si is, cujus in persona impleri debeat, aut cujus interest non impleri, quid fecerit, ne impleantur, tum hæ pro impletis habeantur. Sin ab eo nihil factum sit; sive ipse mortuus erit, sive quis casus alius obstiterit, quominus impleri possent, quamvis ei eo nihil legatario imputari possit, parato alioqui conditioni parere si posset, hic conditione defectus intelligatur. Nec quisquam putet aliud dici a Pomponio in *L. Titius.* 14. *D. de condit. & demonst.* cum in hac specie, Titius, si statuas in municipio posuerit, heres esto, scribit, si paratus est Titius ponere, licet a [6] municipio ei locus non detur, heredem tamen eum fore. Non enim in proposito municipes extranei aliquid putandi sunt, ad quos conditio non pertineat, ut si prohibeant Titium statuas ponere, is aliena vi prohibitus intelligatur:

6) Locus quippe ponendis statuis in municipiis a duumviris, & decurionibus impetrandus *L.* 2. *de loc. public. fr.* vid. Ravar. *ad L.* 96. *de R. I.*

tur: sed ii sunt, quibus solis vel auctoribus, vel permittentibus statuæ in municipio poni possint. Ideo hi sunt sine dubio, in quorum persona conditio impleri debere intelligatur.

IX. Hic tamen nonnullas species excipiemus, tres nimirum, in quibus partim ex sensu testatoris, partim singulari jure receptum est, ut morte ejus, in cujus persona conditio implenda fuit, non deficiat fideicommissum, sed tanqoam ea impleta fideicommissum debeatur: interdum nec alius casus obstet ei, qui conditioni parere non potuit: Prima species est hæc ipsa conditio, de qua modo dixi, si legatarius Stichum manumiserit. De qua Pomponius ita scribit in *L. turpia.* 54. §. 1. *D. de leg.* 1. Ut dicat ex hac conditione legatum deberi, si servi mors impedierit manumissionem: quia per legatarium non steterit, quo minus servus perveniret ad libertatem. Quod quidem superioribus iis, quæ de hac specie ante disseruimus, maxime contrarium videri potest. Sed non est, si quis modo Pomponii verba superiora dextre interpretetur. Intelligemus igitur, hic temperari priorem illam sententiam, eritque hic sensus, conditionem hoc casu impletam videri, si mors servi non quælibet, sed mors sola impediat manumissionem. Quod ita fit, si cum constaret legatarium vivo servo ea facere, quæ ad manumissionem pertinent, puta ad magistratum proficisci manumissionis caussa, interea servus non vi, aut alio casu externo, sed naturali morte obierit. Tum enim videtur impedimentum magis a servo ipso, quam aut a casu, aut negligentia legatarii contigisse. Et in servitute danda magis videtur testator officium, & diligentiam certam manumittendi a legatario exegisse, quam præcisam manumittendi necessitatem.

X. Altera species est in [7] legato annuo, seu alimentorum, quod sub hac conditione relictum est, si legatarius cum matre, aut filio testatoris moretur. In qua specie placuit, ne morte quidem matris, aut filii conditionem appositam defecisse videri, si alioqui per legatarium non staret, quominus cum iis moraretur, & ideo etiam legatum deberi. *L. annua. de ann. leg. L. qui quatuor.* 30. §. *penultim. D. de legat.* 3. *L. Cajo.* §. 1. *D. de alimen. & cib. leg. L.* 1. *C. de legat.* Non dubito, quin constitutio ducta sit ex mente, & sententia testatoris. Non enim obscurum est, testatorem hac conditione a legatario obsequium tantum erga matrem, aut filium exegisse. Cui satisfecisse videtur is, qui se ei officio non defuturum fuisse ostendit, si esset, qui cum morari liceret, etiamsi moratus non fuerit. Est enim obsequium in propensione voluntatis, & in animo: qui animus nihilominus in eo est, qui se paratum esse ostendit. Innititur tacite hæc ratio in *L. illis.* 84. *de condit. & demonstr.* Qua ratione & qui liber esse jussus est, si anno servierit, auctore Paulo, implet conditionem, si per annum ita paratus fuit, ut serviret, etsi quibusdam diebus aut valetudo, aut alia justa caussa impedimento fuerit, quominus serviat. Servire enim, inquit, nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus ægros, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur. *L.* 4. §. *Stichus. D. de statulib.*

XI. Tertia species est in servo hac conditione manumisso, si decem Titio daret. In qua jure singulari, & constituto potius, quam ex testamento placuit, quanvis Titius mortuus fuerit prius, quam servus ex conditione decem daret, tamen servum ad libertatem pervenire etiam nemini dando, sive die cedente ea decem parata habuit, sive postea habere cœpit: tantum ideo, quod tum intelligeretur non stare per eum, quominus decem daret, quod favore libertatis visum est, ad conditionem pro impleta habendam satis esse. Aliter atque in legatariis, quibus quid eadem conditione relictum est. *L. si peculium:* 20. §. *is cui. D. de statulib. L. cum ita.* 94. *in princ. D. de condit. & demonst.* Auxit in hac specie beneficium Justinianus. Cavit enim, ut quanvis vivat is, cui servus pecuniam ex conditione dare debuit, neque is pecuniam accipere unquam recusarit, sed servus ipse pecuniam, quam ad dandum paratam habebat, casu aliquo fortuito amiserit, nihilominus is ad libertatem perveniat. Hac lege tamen, ut quod dare jussus est, manumissus implere cogatur. Hoc ille in *L. ultim. C. de cond. inser.*

CAP.

7) Cujac. 17. *Obs.* 22. hic itidem distinguit, an mater, filiusve vivo testatore mortui, quo tempore impleri conditio non debuit, ac tum legatum deberi *d. leg.* 20. *pr.* an post mortem illius, ac tum non deberi per *L.* 20. §. *ult. de alim. leg.*

CAP. XXXV.

Ubi legatum vel fideicommissum præstari debeat.

De loco, ubi præstandum legatum, si quid testator caverit, id sequendum. I.

Si nihil: species, *ac res* certa *ubi relicta est, non ubi petitur, & si alio sine dolo translata sit. Res vero incerta* genus, *vel* quantitas, *ubi petitur; ut & certa alio dolose translata.* II.

Peti autem potest vel ubi heres domicilium habet, vel major pars est hereditatis. III.

Si in rem agetur, ibi etiam peti debet, uti est. IV.

I. Quod in circumstantiis præstationis extremum quæri diximus, ubi legatum præstandum sit, res in eo brevi hac distinctione continetur, ut referat, quid hic testator de voluntate sua ostenderit, aut non ostenderit. Si quidem enim ostendit, ubi vellet præstari, ibi præstanda est sine exceptione, cujuscumque generis res sit, quæ legata est. Nihil ut intersit, certa, an incerta legata fuerit. Nec necesse est, testatorem de eo nominatim cavere; satis est, si verisimile sit, eum alicubi præstari voluisse. *L. cum res.* 47. *in prin. D. de leg.* 1.

II. Quod si de eo nihil cavit, aut significavit testator: placet, referre, utrum res certa legata sit, an incerta. Certam ibi præstandam, [1] ubi relicta est, non ubi petitur, si forte sit alibi. Incertam ibi, ubi petitur, id est, ubi jure petitur, seu ubi jure peti potest. Idem juris esse de re certa, si alio translata sit ab herede dolo malo. Si sine dolo: etiam ibi præstandam, ubi est. Hæc summa est distinctionis ejus, quæ paulo involutius traditur in *d. L. cum res.* 47. *de leg.* 1. *& L. quod legatur. D. de jud.* Certam rem vocamus speciem certam, rem certo loco comprehensam. Ut Stichum, illum equum, illum bovem. Incertam, rem generaliter legatam, aut rem quantitate, id est, pondere, numero, aut mensura constantem. Ut decem modios frumenti, decem amphoras vini, decem aureos. Ideo de specie certa priorem partem superioris distinctionis usurpari legimus in *d. L. cum res. in prin.* de quantitate posteriorem in *ead. L.* §. 1. *& L. quod legatur. D. de jud.* Quod tamen de quantitate dictum sic accipiendum est, nisi quantitas legata certo loco designata sit, quo illa contineatur. Tunc enim certi loci designatio certum corpus indicat; ut, si legentur centum ex illa arca, decem modii ex illo horreo, decem amphoræ ex illa cella. Idcirco & hoc corpus præstari placuit, ubi relictum est. *d. L. cum res.* §. 1. *de leg.* 1. Hinc apparet rem certam alibi peti, & alibi præstari, si non sit in eo loco in quo petitur. In re vero incerta eumdem esse petendi, & præstandi legati locum.

III. Inde quæsitum, ubi legatum vel fideicommissum peti possit. Potest vero duorum locorum altero, vel ubi heres legato oneratus domicilium habet, vel ubi est major pars hereditatis. *L. si fideicommissum. in pr. & §. ult. D. de jud.* Sed hac parte incipit res pertinere ad quæstionem de jurisdictione judicis, ut quæratur, ubi quis de legato, fideivecommisso agere, vel conveniri debeat. Itaque & nos hujus partis tractationem in eum locum remittemus, quod & a juris auctoribus factum est. *tit. C. ubi fid. pet. opor. d. L. quod legatur. L. si fideicommissum. & seqq. D. de jud.*

IV. Notandum, hanc locorum distinctionem tunc observari, cum legatum, aut fideicommissum per actionem in personam petitur. Quod si per in rem actionem agetur, placet non solum ibi rem præstandam, ubi est, sed ibi quoque peti debere, ut sit in hac actione idem petendi legati, & præstandi locus. *d. L. quod legatur. in fi. de jud.* Quod & ipsum ad jurisdictionem judicis pertinens in eam partem remittendum est, ut quæratur generaliter ubi in rem actio exerceri debeat. Quod fit in eodem argumento in Codice sub *tit. ubi in rem act. exer. deb.*

CAP.

[1]) *L.* 108. *pr. de leg.* 1. Hinc illa decisio: Si servus vivo testatore fugit impensa, & periculum ejus retrahendi est legatarii *d. L.* 108. *pr.* Sin post mortem illius, heredis *L.* 8. *pr. de leg.* 2. Et sic accipitur *L.* 39. *pr. de leg.* 1. Cujac. 5. *ad Afric. ad d. L.* 108. *pr.* vid. & Gomez. 1. *Var. Resol.* 12. *cir. fin.* n. 84. Matthæus. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 24. *n.* 2. & 3. Simon de Præt. *Lib.* 4. *de Interpr. ult. vol. Interp.* 1. *Dubit.* 8.

CAP. XXXVI.

Quæ actiones sint, quæ remedia jure constituta legatario, legati fideivecommissi persequendi caussa.

Si is, a quo legatum est id præstare detrectet, actionibus jure ad eam rem comparatis cogendus est. Hæ tres; quæve sint. His ex constitutione Justiniani peti etiam fideicommissa. De legatis quot olim essent. I.

Jus, quod de re legata legatariis datum, triplex. II.

In personam *ex obligatione quasi ex contractu nata. Ex quo actio veteribus ex testamento dicta.* III. IV.

In rem *ex dominio, quod recta a testatore in legatarium transit, si res quæ testatoris fuit, legata est.* V.

Actio in personam adversus eum datur, qui de legato obligatus est, sive rem debitam possideat, sive non possideat. Actio in rem, rem tantum sequitur. VI.

Utra actione velit experiri legatarius potest; utraque simul non potest. VII.

Item habet legatarius jus pignoris. *Quatenus.* VIII.

Item legati nomine interdum accipit fidejussores; hisve non datis, mittitur, si desideret, in possessionem bonorum; & post sex menses etiam in res heredis. IX.

I. His quæ de re legata, deque circumstantiis præstationis ejus diximus, recte cognitis, jam tuto, & certo accedemus ad præstationis exsecutionem, de qua institutus erat sermo: cum intelligetur scilicet, quis, quid, quantum, a quo, quando, & ubi petere possit & debeat, ut certa, & inoffansa esse incipiat hinc petitio, illinc præstatio. Sic enim fiet, ut quod ad hanc normam petetur, ab eo, a quo recte petetur, præstari debeat. Quid ergo, si qui debet præstare, non præstet? Nempe hoc restat, quod in aliis omnibus obligationibus accidit ut jure cogatur. Cogendi ratio in actionibus jure ad eam rem comparatis. Quæ in legato, omnique fideicommisso [1] tres a Justitiniano constitutæ sunt, in personam, in rem, seu vindicatio, & hypothecaria de rebus, quæ defuncti fuerunt. *L.* 1. *C. com de leg.* Et varias jam olim actiones de legato fuisse constet. Ut declaratur in *L. cum filius.* 76. §. *variis. D. de legat.* 2. *L. si servus.* 108. §. *cum homo. D. de legat.* 1. Sed cum legati nomine nusquam pignus constitutum, aut hypothecariam proditam legatario in veterum scriptis legamus; restat, ut priores illas duas tantum in usu fuisse veteribus intelligamus, in personam, & in rem. Proinde hypothecariam istam Justiniani beneficio acceptam feramus. Illud etiam novi in constitutione Justiniani, quod quæ de legatis actiones erant, etiam de fideicommissis competere voluit, cum prius de fideicommissis non essent ordinariæ actiones de legatis, sed tantum extraordinaria persecutio. *L. pecuniæ.* §. *actiones. D. de verb. significat.* Sed cum neque superiorum actionum caussæ, neque potestas, neque concursus satis intelligantur, & sint etiam remedia aliquot plura prodita legatariis ad legatum obtinendum: utile erit de his paulo explicatius dicere.

II. Et cum quæritur, quæ, & quales actiones sint legatariis ad legatum tum persequendum, tum obtinendum: sciamus id æstimandum esse ex caussis cujusque actionis, id est, ex eo jure, quod de re legata legatariis datum est. Id jus triplex est; obligatio constituta de re legata; dominium rei legatæ; & obligationis illius principalis accessiones, puta pignora, & interdum fidejussores.

III. Obligatio ita est, ut quisquis est, cui legatum, aut fideicommissum recte datum est, is de eo præstando habet obligatum eum, a quo relictum est, sive is est heres, sive legatarius. Obligatio ex quasi contractu, cum heres hereditatem, legatarius

1) Quando concurrere possint hæ actiones effectu, ac origine contrariæ vid. Matth. Gribald. *ad L.* 1. *de leg.* 1. *tit. de concursu vindicationis & personal. act. ex testamento.* De Actionibus legatariorum fuse Simon de Pent. *Lib.* 5. *de Interpr. ult. volunt. fere toto*: vid. & Gribald. *ad L.* 2. *C. comm. de leg. f.* 306. *& seqq.* P. Greg. 42. *Synt.* 33. *n.* 14. *& seqq.* Quid si non agat legatarius, legati relicti conscius? Heredem tuto retinere, etiam in foro animi, quia juste putat legatarium nolle uti liberalitate testatoris, Vasq. 1. *Contr. usu. freq.* 10. *n.* 40. Quid si per 30. annos legatum non petitum, an ab herede præscribitur? Ita DD. quos refert Vasq. 2. *Ill. Contr.* 55. n. 26. qui tamen n. 27. nullam hic heredis esse usucapionem, nec novum dominium ei adjici, sed pristinum retineri, ac legatum tempore amissum pro non relicto esse *L.* 38. §. 2. *L.* 68. §. 2. *de leg.* 1.

tarius legatum agnoscendo, utrumque cum sua conditione, & suo onere agnoscere intelligitur, scilicet ut præstet, quod testator injunxit. §. *heres quoque. Institut. de oblig. quæ ex qun. cont. nasc.* Ex hac obligatione actio conveniens. Ea est actio in personam competens legatario adversus eum, a quo legatum relictum est, qui idem de fideicommisso præstando est obligatus: sive is est heres, sive legatarius, aut alius a quo utiliter relinqui potest. Sic enim est descriptio actionis in personam ut semper sit adversus eum, qui nobis obligatus est §. 1. *Instit. de act. L. actionum. D. de oblig. & act.* Genere actionis cognito, vis & potestas actionis facile ex iis locis, qui sunt de hac actione, petetur. De quo & suo loco dicetur. Adfert hæc obligatio, & actio necessitatem præstandi ei, qui ex legati, fideivecommissi caussa obligatus est; cum ita definiatur obligatio, ut sit juris vinculum, quo necessitate adstringimur rei debitæ solvendæ: *Inst. de oblig. in prin.* Huic necessitati nisi debitor paret, cum exigitur legatum ab eo, suscipitur hoc incommodum cum bonæ fidei judiciis commune, ut pecuniæ legatæ usura, & fructus speciei alicujus legatæ accedant. Semper quidem ex tempore litis contestatæ, ut omnibus pœne rescriptis testatum est, quæ exstant sub *tit. C. de usur. & fruct. leg.* Sed hoc amplius a ex mora, quanvis ea extra judicium intervenerit, exemplo bonæ fidei judiciorum, quibus in hac re visum est legata, & fideicommissa comparari. *L. 3. in pr. D. de usur. L. in minorum. C. in quibus caussis in int. rest. nec. non est.* Nec debitorem legati hac necessitate præstationis ulla res eximit, nisi liberatio ab obligatione his modis contingens, quibus quoque obligatio tollitur. Quorum nullus cum sit proprius legati, sed in commune, & ex æquo ad omnem obligationis liberationem singuli pertineant: quæ in una cognitione posita sunt, sejungere, & distrahere non debemus; multoque minus, quod omnium commune est, unius obligationis tanquam proprium facere. Quibus rebus nihil est a recta docendi ratione alienius. Hoc eo dico, quia multis locis, & multis verbis in hoc tractatu in legatis ingeruntur hæ regulæ duæ: Una, si res legata sine culpa heredis perierit, aut non reperiatur, legatarii damnum esse: §. *si res legata. Inst. de leg. L. non amplius* 26. §. 1. *de leg.* 1. *L. omnin.* 32. §. *species. D. leg.* 2. Ex quo illa sunt, quæ de accessionibus, & partibus rei principalis peremptæ traditæ sunt. *L.* 1. *L.* 3. *L.* 4. *D. de pec. leg.* §. *si quis ancillas.* §. *si grex. Institut. de leg.* Altera, si res legata ex alia caussa lucrativa ad legatarium pervenerit, debitorem liberari. §. *si res aliena. Instit. de leg. L. si servus.* 108. §. *Stichum. D. de leg.* 1. Atqui nihil hic de legati debitore dicitur, quod non item alibi de omnibus aliis debitoribus eodem genere liberandis definitum legamus. Prius generaliter traditum in *L. quod te. D. si cer. pet.*. *L. si ex legati. D. de verb. oblig.* posterius generaliter in *L. omnes. D. de oblig. & act.* Discamus igitur, quod omnium liberationum commune est, in eam partem rejicere, ubi de obligatione, & debitorum liberationibus ex professo agitur, quod fiet suo ordine postea.

IV. Hæc in personam actio de legato ea est, quam veteribus in usu juris actionem ex testamento dici legimus. §. *si res alienn. Institut. de leg. L. servo.* 69. §. *ult. L. non quocumque.* 82. *in princ. L. quæsitum.* 91. §. *ult. de leg.* 1. *L. qui concubinam.* 29. §. *si heres. de leg.* 3. *L. alias. D. de in lit. jur.* Nempe ideo, quod legatorum solum caussa competebat, quæ olim nisi testamento relinqui non poterant. §. *præterea. Institut. de fid. her.* Ideo nec de 3 fideicommissis competebat, quæ ut plurimum relinquebantur codicillis: sed erat de his, ut dixi, extraordinaria persecutio. *d. L. pecuniæ.* §. *actionis. de verbor. significat.* Hodie harum rerum differentia sublata constitutionibus Justiniani, & iisdem actionibus de utroque genere pariter constitutis, sive hæc testamento relicta sint, sive codicillis, *L.* 1. *L.* 2.

a) Fideicommissa tamen etiam jure Digestorum non ex officio judicis tantum, quod nullam præsupponat obligationem, sed & jure actionis petita probat Gribald *ad L.* 1. *C. comm. de leg. per L. 6. in fin. de leg. 3. in verbis rogando obligor,* ac A. de Padilla *ad Rub. de leg.* 2. *n.* 4. *per L. si res* 20, *L.* 4. *ibi utilibus actionibus L.* 23. *verbo vendicare de leg.* 3.

3) Gomez. 1. *Var. Resol.* 12. *n.* 22. Si species, ac res propria legata, fructus præstandos a tempore mortis, quia exinde transit dominium in legatarium; perceptos tamen, Percipiendos autem venire tantum a tempore moræ. Sin legatum in parte consistat, & quota bonorum, a die moræ, quia nec æque transiit dominium *L.* 23. *de leg.* 1. Sin universitas relicta, ut grex, a tempore mortis, immo testamenti, quia reputatur idem corpus, & legatum *L. grege* 21. *de leg.* 1. P. Fab. *ad L.* 99 *de R. I.* Non a die mortis, scribit, sed demum a lite contestata fructus præstentur *L.* 1. §. *ult.* & *L. ult. C. de usur.* & *fr. leg.* quia donec ad judicem vocatus sit heres, ignorare potest quantum solvere debeat; postea non potest, utpote in mala fide constitutus. Quæ ratio inconveniens. Quidni enim antea ex ipsis testamentariis tabulis liquere possit aperte heredi, quantum relictum sit. De fructibus legatario solvendis, pluribus Copus *Lib.* 2. *de Fruct. Tit.* 3. *C.* 3. & 2. *seqq.* Coras. 2. *Misc.* 2. Fachinæ. 12. *Contr.* 68. Simon. de Præt. *Lib.* 3. *de Interpr. ult. vol. Interp.* 3. *Dub.* 5. *sol.* 2. A Fab. 7. *Conject.* 3. And. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 28.

L. 2. *C. comm. de leg.* non jam actionem hanc in personam vocabimus ex testamento (quid enim si instituatur de re codicillis relicta?) sed actionem ex supreme voluntate, & judicio defuncti. Sic enim fiet nomen rei consequens; quod fieri debere hanc monet Justinianus in §. *sed nos. Inst. de donat.*

V. Accedit ad obligationem de re legata constitutam legatario, ejusdem rei legatæ dominium, quod recta a testatore ad legatarium transit, ut suo loco diximus. *L. legatum* 80. *D. de leg.* 2. *L. a Titio. D. de fur.* [4] Si tamen & testatoris res fuit, non etiam si aliena. Nemo enim plus juris in alium transferre potest, quam ipse habuit. *L. nemo plus. D. de reg. juris.* Hoc dominium rursum novam actionem in re legata legatario tribuit: nempe in rem, seu rei vindicationem. Idque non singulari aliqua ratione propria legatorum: sed jure communi, quo fit, ut in rem actio competat omnibus, qui jure gentium, aut civili dominium rei acquisierunt. *L. in rem. in princ. D. de rei vind. L. actionum. D. de oblig. & act.* Hinc hæc actio cui detur, & adversus quos potest intelligi.

VI. Illud constat, actionem in personam adversus eum dari, qui de legato obligatus est, sive rem debitam possideat, sive non possideat. Actionem autem in rem, rem sequi tantum, ac propter rem ejus rei possessorem, eumve, qui dolo desiit possidere. Sive is est, qui legatum debuit, sive alius extraneus quivis. Quod ex euis locis petendum est, ut *d. L. actionum. de oblig. & act.* §. 1. *Inst. de act.* ubi de hac re scripsimus, & dicendum erit postea suo loco in judiciis instituendis.

VII. Hæ actiones in re, quæ legatarii facta est, ita concurrunt, ut liceat ei, utre velit, experiri. *L. cum filius.* 76. §. *variis. D. de leg.* 2. *L. si servus.* 108. §. *cum homo. D. de leg.* 1. Neque illi oberit, quod traditur, neminem rem suam condicere posse, id est, actione in personam petere, præterquam a fure. *L. ult. D. usufruct. quem. cau.* §. *sic itaque. Inst. de act.* Sane enim non potest, si rem suam petat tanquam suam. At si omissa dominii quæstione petat tanquam debitum; quominus recte petat, nihil est impedimento. Nam & rem nostram alii commodare, locare, apud illum deponere possumus. Ex quibus tamen caussis constat nobis de eadem re esse in personam actiones, commodati, locati, depositi.

VIII. Habet præterea principalis obligatio de re legata suas accessiones adjunctas, pignora scilicet semper, interdum & fidejussores; quibus rebus plenius legatario cautum sit. De pignoribus ita constituit Justinianus in *L.* 1. *C. comm. de leg.* ut si legatum ab herede relictum sit, jubeat ejus legati nomine res hereditarias omnes non etiam res heredis proprias, pignori esse obligatas, idque ipso jure sine alia conventione. Sin relictum sit a legatario, vel fideicommissario, vel alia persona, quæ onerari fideicommisso potest: hactenus hypothecam eo nomine inducat, ut jubeat ejus personæ res eas tantum pignori esse, quas a testatore sit consecutus, ut ita cum in herede, tum in aliis, qui fideicommisso onerati sunt commune hoc jus efficiatur, ne quisquam ex his legati nomine res suas pignori obligatas habeat, sed eas tantum, quæ a testatore ad eum pervenerint. Atque hinc de his rebus hypothecaria actio, quæ in rem est, de qua breviter scripsimus ad §. *item Serviana, Institut. de action.* plenius in libro de pignoribus. Illud tenendum erit in rebus hereditariis, quas pignori esse ex hac caussa diximus, [5] non esse numerandam rem testatoris, quæ legata sit. Effectum est enim supra hanc statim factam esse legatarii. Porro rei nostræ pignus non consistit. *L. neque pignus. D. de reg. jur.* Sic fit, ut nunquam in eamdem rem, & eamdem personam concurrant rei vindicatio, & hypothecaria actio.

IX. Accipit etiam interdum legatarius legati nomine fidejussores, sed quos non ipso jure habeat, verum opera, & vigilantia sua consequatur. Qua eadem caussa etiam sæpe fit, ut, fidejussoribus non datis, subsidio nanciscatur pignora. Id autem fit hoc modo: Jus ita est, jam olim inductum, & servatum constanter, heredem omnibus, quibus quid suprema voluntate legatum, relictumve est, si postulent, legati nomine satisdare debere, se quibus diebus testator dari quid fieri voluit, iisdem diebus daturum vel facturum: dolumque malum a se abfuturum, ut declaratur *L.* 1. *in princ. D. ut leg. seu. fid. nom.*

4) Item si legatum in re certa, ac specie consistat, non in genere, vel quantitate *L.* 1. *C. comm. de leg.* Gomez. 1. *Var. Resol.* 12. n. 7. Olim autem actio realis dabatur in legato vindicationis. In cæteris personalis ex testamento; ut legato damnationis *L.* 19. *de leg.* 2. praeceptionis *L.* 17. *et seq. de leg.* 1. sinendi modo *L.* 2. *de ann. leg.* Hodie in arbitrio est in omnium generum legatis in rem, vel in personam experiri, ut tamen alterutra electa non sit regressus ad alteram *L.* 67. §. 8. *de leg.* 2. Vult. *in* §. 2. *I. h. t. n* 4.

5) Dis. post alios, Fachinæ. 12. *Contr.* 81. quia qui dominium habet jure speciali, uti legatarius, contra juris regulam *L.* 10. *Cod. de pact.* possit etiam pignus in eadem re habere. Quod falsum puto.

Digitized by Google

nom. cau. quo loco & hujus juris æquitas ostenditur. Habetque locum hæc cautio citra controversiam, si legatum quid sit in diem, aut sub conditione; quoniam his casibus cum nondum legatarius legatum petere possit, vel hoc ipso juste postulat, ut sibi saltem cautum sit in futurum, ne inter moras heres res hereditarias dilapidet, & fiat non solvendo, atque ita legatum intercidat. Sed habet locum eadem satisdatio etiam de puro, & præsenti legato, si aliquas moras exercitio judicii habeat. *L. hæc stipulatio.* 14. *L. etiam, sequen. D. eod.* Si heres ita satisdat, ut postulatur; incipit legatarius legati nomine habere eos fidejussores, quos diximus. Est enim satisdare alicui, cavere ei, & promittere quid stipulanti, fidejussoribus in eam rem datis. *L.* 1. *D. qui satisd. cogun.* Quod ni satisdet heres, non fert impune, ne forte quivis pro libidine satisdationem sibi præstare, aut recusare licere existimet; sed hæc pœna est alia parte edicti adversus non satisdantem constituta, ut, desiderante legatario, mittat eum prætor in possessionem bonorum, legati servandi caussa. Bonorum autem primo solum hereditariorum: post deinde si per sex menses perseveret heres non satisdare, etiam in [6] possessionem rerum heredis. *L. certa. C. ut in poss. leg.* Atque hinc initium novæ hypothecæ. Hac enim missione cum legatarius in possessionem venerit, non quidem pro domino habetur; sed ita pro custode, ut jus pignoris consequatur, quod appellatur prætorium. *L.* 5. *D. ut leg. nom. cau. L.* 3. *L.* 5. *C. eo. L. non est mirum. D. de pig. act.* Atque hinc etiam de iisdem rebus hypothecaria actio. De quo genere satis scripsimus in pignoribus.

HUGO-

6) Ut non prius possessione decedat, quam legato, vel fideicommisso soluto, aut de eo satisfacto *L.* 6. §. *ult. Ut in poss. leg.* Excipitur Fiscus heres institutus, aut si ad eum alia ratione bona pervenerint, qui cautionem non præstat. *L.* 1. §. *si ad fiscum* 18. *Ut leg. nom. cau.* quia semper solvendo intelligitur. *L.* 2. *in fin. de fund. dot.* Rebuspublicis vero, et municipiis satisdatio remittitur, nuda repromissio non item. *L.* 6. §. 1. *Ut leg. nom. cau.* Quæ, nisi præstetur, adversus municipes itur in possessionem. *L.* 12. *Ut in poss. leg.* P. Fab. *ad L.* 95. *de R. I.* Potest tamen hæc cautio heredi a testatore remitti *L.* 12. *D. L.* 2. *L.* 4. *L. pen. C. Ut leg. nom. cau.* P. Fab. *ad L.* 94. *de R. I. p.* 435. vid. & Cujac. 14. *Observ.* 37. de ratione hujus cautionis A. Fab. 15. *Conject.* 6. *p.* 184. & de missione legatarii in possessionem Matthæus. *Lib.* 4. *Epit. Legat.* C. 1. Q. An parata sit executio in bona defuncti pro consequendo legato ex *L. ult. Cod. de ed. D. Adr. toll.* Negat post Gomez. *in L. Taurin* 45. *n.* 137. Menoch. *Remed.* 4. *adipisc. poss. n.* 694. Col. *de Proc. exsec. P.* 3. *C.* 2. *n.* 29. vid. & Parlador. *Lib.* 2. *Rer. quotid. Cap. fin. P.* 1. §. 9.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIORUM

DE JURE CIVILI

LIBER NONUS.

De hereditatibus, quæ ab intestato deferuntur: De personis, quibus, & per quas res acquirantur: Tum de jure rerum privatarum.

CAPUT I.

De legitimis heredibus: seu de hereditatibus, quæ lege cuique ab intestato deferuntur. Ac primum quando incipiat deferri lege hereditas: tum generaliter quibus deferatur. Et in hac tota successione constituenda quam egregiam operam navarit reipublicæ Justinianus.

Rerum nexus; et methodi inculcata, atque ab exemplo veterum repetita ratio. I.
Legitima hereditas *quid sit, unde dicta; et quatenus ab illa differat testamentaria.* II. III.
Illius nomine veniunt cum civiles, tum prætoriæ successiones. III.
Duo summa tractationis hujus capita, et quæ. IV.
Deficiente dumtaxat testamenti causa, Lege defertur *hereditas, et ab intestato. Explicatur* L. si quis ita heres 82. D. de her. Inst. V. VI.
Intestatus qui sit: et quibus efficiatur modis. VII.
Singuli cur obiter hic indicati. VIII.
Interest, quibus lege deferatur hereditas, ingenuis; an libertis. Quæ ad horum successionem pertinent, alio ex loco petenda. IX.
Ingenuorum hereditas legitima quibus, et quo ordine deferatur. X.
Cognati priores in successione legitima. Hi ad sequentia capita revocati. XI.
Legitimam successionem sibi mutuo vendicant, post cognatas, maritus et uxor. Quibus conditionibus Jure Digestorum: et quo primitus auctore succedant. XII. XIII.
Admittitur tamen novello Jure *Conjux pauper ad successionem conjugis locupletis; et quidem cum defuncti liberis in quartam, aut virilem solius ususfructus partem; cum cognatis vero in easdem partes, sed pleno jure.* XIV.
Vocatur et speciali jure solus pater ad successionem defunctæ uxoris, cum liberis ea viva emancipatis in virilem partem ususfructus. Duplex exceptio hujus loci propria: et quare. XV.
Quo loco ex Antonini rescripto servi succedant: qua conditione petant addici sibi bona: et quatenus præferantur fisco. XVI.
Quo jure, atque ordine; et quorum bona fisco deferantur. XVII. XX.
An et illarum bona, qui sunt publico corpori ascripti. XVIII.
An res a Principe duobus communiter donata. XIX.
Transitio et Novellæ Justinianeæ constitutionis in ordinanda cognatorum successione ratio et utilitas. XXI. XXII.

I. HActenus de re testamentaria diximus, sive de universitate juris, id est hereditate judicio defuncti acquirenda agatur; sive de legatis & fideicommissis rerum singularum eadem voluntate delatarum. Sed ita de legatis, ut solum præcipue, nobis institutum fuerit de hereditate dicere cujus per occasionem factum sit, ut propter argumenti indivulsam conjunctionem ad legata diverteremus. Nam cum deferatur hereditas partim testamento, partim lege, & de testamentaria hereditate dixissemus: non putavimus tractationi

de

de testamentis institutæ satisfacere nos posse, nisi de partibus omnibus testamenti, & supremæ cujuslibet testationis diceremus; præsertim cum omnes eodem pœne jure, & iisdem regulis contineantur. In quibus cum sint etiam legata & fideicommissa: ideo argumenti communio & conjunctio ad eam partem nos detulit. Quod & juris nostri auctoribus accidisse videmus, a quibus in his tractandis etiam hic ordo constanter servatus est in Pandectis, in Codice, in Institutionibus. Eam partem superiore libro exposuimus. Qua defuncti, redimus jam ad divisionem institutam de hereditate, ut, quoniam diximus, quomodo hereditas ex suprema voluntate acquiratur; deinceps, quod restat, de hereditate legitima pertexamus.

II. Lege deferri hereditatem dicimus quæ defertur lege sola [1] sine voluntate ulla defuncti. Unde legitimi [2] heredes dicti, quibus ita defertur. *L.* 2. §. *ult. D. unde legit. L.* 2. *in princ. & toto Tit.* D. de suis & leg. her. & *legitima hereditas*, quæ hoc modo *jure legitimo obvenit*, opponiturque *testamentariæ.* [3] *L.* 3. §. *de illo. D. pro soc. L. in plurium. L. illud. D. de acquir. her.* Dicitur quidem *lege obvenire* etiam ea, quæ testamento defertur, *quia lege duodecim tabularum testamentariæ hereditates confirmantur*, ut est in *L. lege, D. de verb. sign.* Sed hoc per consequentiam, non principaliter. Confirmantur enim hæ hereditates: sed quia præcedit testamentum, quod lex secuta confirmat, ac sine eo hereditatem non deferret. Illud autem proprie dicitur fieri lege, quod fit primo & principaliter lege, denique lege sola: ut merito quod hujusmodi est, per excellentiam lege fieri dicatur. Quo in genere sunt legitimæ hereditates, quæ lege sola deferuntur. Ac maxime eas dici intellectu facila est, cum distinguuntur ab iis, quæ deferuntur testamento.

III. Legem hic & legitimum jus, quala hic nominatur in *d. L.* 3. §. *de illo pro soc.* docendi caussa intelligi volo omnem partem juris, non tantum [4] civilis, sed etiam prætorii: ut complectamur etiam bonorum possessiones a prætore sine testamento delatas. Primum ne ea, quæ in una cognitione posita sunt, divellantur, unde error objiciatur legentibus: tum ut inculcatio rerum non necessaria, quantum potest, vitetur, nam & bonorum possessio nihil nisi hereditatem tribuit: & bonorum possessores effectu nihil sunt, nisi heredes. *L.* 1. 2. 3. *D. de bon. poss.* ac prætor in his deferendis eumdem testati & intestati ordinem sequitur, quem lex. *L.* 1. *D. si tab. test. null. exst.*

IV. Neque statim defertur lege hereditas defuncti cujusque, neque defertur qui-

1) Scilicet aperte vel expressa. Nam noster Donellus supra *Lib.* 7. *C.* 16. *n.* 13. tacite deferri agnoscit. Et ita est. Creditur enim sponte sua relinquere hæreditatem legitimis, *L.* 8. §. 1. *de Jur. Codicill.* ea animo intestatus decedere ut illis locus sit, ac voluntatem suam legis dispositioni accommodare, Vasq. *Lib.* 3. *de Success. progressu in Præfat. n.* 1. Ranchin. *de Succ. ab int.* §. 1. *n.* 6. Forst. *Lib.* 1. *C.* 12. *n.* 1. & 3. Lex in subsidium voluntatis præsumptæ & conjecturetæ, ex communi hominum affectu, quo plus diligi solent propinquiores gradu, P. Greg. 43. *Synt.* 1. *n.* 7. transfert hæreditatem, suppletque defectum dispositionis hominis, Forst. *d. Lib.* 1. *C.* 13. *n.* 1. & 3.

2) Et pluribus LL. cumulate congestis, a Forst. *Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 1. & *seqq.* & *Lib.* 2. *C.* 21. *n.* 6. & 7.

3) Variæ sunt ad d. *L.* 3. §. 2. *Pro soc.* & *d. L.* 130. conciliationes, de quibus Pinel. *ad L.* 2. *C. de bon. mat.* Forst. *Lib.* 1. *C.* 16. Fachin. 6. *Contr.* 41. Alciat. 4. *Paradox.* 7. & ad *d. L.* 130. justam hæreditatem opponit testamentariæ *d. L.* 3. §. 2. quia justa significet omni ex parte perfectam, omni jure, civili & naturali debitam. Testamentaria autem casu quodam sæpe extraneis defertur. Legitimam vero hæreditatem utramque, esse & ex vi verborum dispositionem de legitima continere testamentariam. Quod refellunt Bellon. 3. *Supputat.* 7. Pinel. *ad d. L.* 2. *n.* 6. Gœd. *ad d. L.* 130. *n* 6. Forst. *d. Lib.* 1. *C.* 17. Legitimam proprie lege obvenire, quæ ab ea est directo & immediate: non improprie testamentariam, quæ mediate largiori significatione. Et *n.* 16. *ac seqq.* differre fuse ostendit: *Proprie*, quod secundum naturam rei dicitur significantissime; *non improprie*, quo affinitas quædam cum propria significatione innuitur; & *non proprie*, quod proprietati plane repugnans per *L.* 1. *pr. D. h. t. de suis & leg.* & sequitur Gœd. *ad d. L.* 130. *n.* 3. & 4. quia qui confirmat, absolute non dat. Vid. & Forner. *ad d. L.* 130. Pinel. *ad d. L.* 2. *n.* 7. Tiraq. *Tr.* Le mort saisit le vif, P. 2. *Declar* 7. *n.* 8.

4) *L. hereditatis* 138. *de V. S.* Jure autem prætorio succedunt non omnes, quibus defertur bonorum possessio; alias omnes fere successores prætorii essent, sed quibus nullo alio jure, qui destituti Jure civili a prætore vocantur. Guil. Ranchin. *de Success. ab int.* §. 1. *n.* 1. Dum autem dicitur Jure Civili vel Prætorio deferri, non ideo negatur esse juris naturæ. Quæ enim ex Jure gentium originem trahunt, formam & ordinem accipiunt a jure civili. Ranchin. *d.* §. 1. *n.* 7. quomodo fere & Forst. *Lib* 1. *de Succ. C.* 12. *n.* 1. Volt. *in pr. I. h. t. n.* 19. Jure civili approbatam & informatam esse, quæ informatione multa juri naturali detracta sint. Sed eam Justinianum ad originem suam & jus naturæ propius reduxisse. Sic malo: Ut succedatur propinquis ex jure naturæ est, ex communi hominum affectu, & propensiore erga cognatos, quam exteros, quem natura ingeneravit, amore. Sed modus succedendi, determinatio, & definitio qui quibus præferendi, qua ordine &c. a legumlatoribus est. Sic Jure Civili antiquo filius emancipatus arcetur, ea forte ratione, quod per emancipationem, facultatem sortitus sibi acquirendi, commodum istud cum incommodo compensare debeat per *L.* 1. §. *ult. de aq. pl. arc.* agnati excludunt cognatos. Omnes omnino latipatentis orbis populi successione utuntur, derivantes bona sua ad liberos & propinquos: Sed variantes successionum modi ac cuivis genti proprii. Quin & pleraque fere municipia peculiaribus suis ac in re statutis uti comperimus. Dissent. qui has successiones Jure Civili inventas volunt, Vasq. 3. *Ill. Contr.* 100. *n.* 2. Alex. Picoard. *ad Rub. I. de testa. pag.* 6. A. Fab. 1. *Jurispr.* 2. *Princ.* 5. *Illat.* 2. Aliter Vasq. 1. *Declar.* 15 *n.* 5. successionem liberorum ne juri quidem gentium tribuant, sed juri hominum naturali, quod alii jus gentium primævum vocant. Gomez. 1. *Var. Resol.* 1. *n.* 2. & 3. liberos succedere jure naturæ primævo in mobilibus; jure gentium scilicet naturali secundario in omnibus; itemque jure divino, civili, veteri & novo, & prætorio, vid. & Gilken. *de Præscript. P.* 3. *C.* 3. *n.* 15. Quæres quid si facultates defuncti in diversis ditionibus, quæ alio atque alio jure reguntur? Ex communi sententia succeditur partim hoc partim illo jure, quoad bona, ceu refert, & improbat, Cujac. *Cons.* 25. *p. m.* 71. & *seq.*

quibuslibet: sed & hic constitutum tempus est, quo velit lex hereditatem a se deferri, & in hac suo tempore deferenda delectus personarum habetur; ut his solum deferatur, quibus maxime conveniens esse videtur secundum naturæ æquitatisque ordinem & regulam. Proinde qui sint legitimi heredes, quidque hic deferatur lege, sic intelligemus, si duo hæc cognita habebimus, in quibus omnis hæc ratio legitimarum hereditatum versatur: quando lege deferatur hereditas; & quibus. De quibus duobus solis superest, ut in hoc genere quæramus. Nam illud, quomodo legitima hereditas delata acquiratur, satis supra expositum est, cum de ratione acquirendæ ex testamento hereditatis directo delatæ diximus. Est enim ex utraque caussa eadem ratio acquirendæ hereditatis, cum in suis, tum in extraneis heredibus. De suis indicatur in §. *sui Inst. de her. quæ ab int. def.* de extraneis in §. *item extraneus. Inst. de her. qual. & diff.*

V. Tunc hereditas defertur lege, cum defunctus intestatus decessit, suis quidem heredibus statim etiam invitis, multoque magis ignorantibus: extraneis autem tunc cum etiam scierint defunctum intestatum decessisse. §. 1. §. *sui.* §. *cum autem. Inst. de her quæ ab int. def.* Hinc quæ lege defertur hereditas, quæque eadem dicitur legitima, dicitur & ipsa [5] ab intestato deferri. *L. in plurium.* in pr. & vers. *idem juris L. illud, D. de acq. her.*

VI. Id hanc significationem habet. Primum defertur hereditas ex testamento scriptis heredibus: ac quandiu potest, [6] ex testamento adiri, tandiu ab intestato legitimis non defertur. *L. quandiu potest. L. in plurium. D. de acqu. hered. L. quandiu, D. de reg. jur L. antequam. C. commun. de. succ.* Nec mutatur hæc sententia in hac specie, [7] cum testator Titium heredem instituit hac conditione, *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem*, quanvis placeat prius heredem legitimum vindicare posse. *L. si quis ita heres.* 82. *D. de her inst.* Nam in hunc casum, quo heres legitimus vindicat hereditatem, nemo est heres testamento institutus. Legitimo enim vindicante deficit conditio institutionis, ut & scriptum est in *d. L.* 82. conditione deficiente, institutus heres non est institutus. Quod si ita est, ne in hunc quidem casum dici potest testamento locum esse, aut ex testamento adiri posse hereditatem; proinde ne illud quidem hanc deferri legitimis, quandiu ex testamento adiri possit.

VII. Post ubi certum esse cœpit defunctum intestatum decessisse, cum fit transitus ad intestatos, atque hic legi locus seu legitimis heredibus. *d. L. in plurium. D. de acq. her L.* 1. *D. si tab. test. nul. exst.* Hinc quem vocemus intestatum, initio definiendum fuit in hac quæstione legitimarum hereditatum. Quod factum est in *Institutionibus* in hoc argumento statim in principio. *Tit. de her. quæ ab int. def.* item in *L.* 1. *D. de suis & leg. her.* Commodissima definitio Justiniani in superiore loco, ut [8] intestatus decedat, in summa quidem, qui nullo utili testamento decessit: partibus autem expositis, qui aut omnino testamentum non fecit: aut fecit non jure: aut quod fecerat, ruptum, irritumve factum est: aut si ex eo nemo heres exstiterit.

VIII. Non fit jure testamentum, vel a persona testantis, si is [9] testamenti factionem

5) Leges, quibus intestati mentio, collectas petere licet ex Forst. *Lib.* 3. *C.* 1.

6) Quia voluntas expressa potior est tacita, Borch. de *Grad. pag.* 156. & quia Lex hic supplet defectum dispositionis hominis ac per eam cessat *L. ult. C. de pact. conv.* vid Forst. *Lib.* 2. *C.* 13. *n.* 3. & 4. & *C.* 26. & *Lib.* 2. *C.* 16.

7) Uti volunt Duar. *ad tit. D. de acq. hered. Cap.* 2. & ex Baldo Goth. *in not. d. L.* 82. & Borch. *de Grad. p.* 156.

8) Intestatus hic qui omnino, & respectu hereditatis; alias & intestatus dicitur quoad tutelam *I. de leg. tut.* Vult. *in pr. I. h. t. n.* 5. qui & belle *n.* 6. Quidam tantum possunt decedere intestati, ut furiosus, infans &c. quidam tantum testati, filiusfamilias in castrensibus *L.* 9. *de castr. pec.* Quidam nec intestati, filiusfamilias extra castrensia, servus. Ubi enim hereditas non est, ibi nec testatus nec intestatus.

9) Qui tamen proprie non est intestatus *L.* 1. *pr. D. h. t. L.* 2. §. 3. *Unde legit.* cum privatio præsupponat habitum, sed verius intestabilis, Forn. *ad L.* 64. *de V. S.* Vocatur tamen ita infinities *I.* 4. §. 3. *Qui pet. tut. L.* 5. *Qui test. fac. L.* 9. *de reb. dub. L.* 14. §. *ul. ad L. Falc. L.* 23. *ad SC. Tert. L.* 27. *C. de test. L. scient.* 10. *C. de leg. her. L. omnem* 6. *C. ad Tertyl.* Ac ita licet non proprie; ex juris tamen pariter ac loquendi usu. Vid. Phil. Mastin. *ad L.* 2. *C. de impub. n.* 17. & *n.* 24. & 34. & *seq.* ac *passim.* Treutlinq. *de Sub. P.* 2. *C.* 3. *n.* 4. & 5. & *Q.* varias sententias refert. Tiraq. *Tr.* Le mort saisit le vif. *P.* 3. *Declar.* 8. Mercer. 2. *Opin.* 6. qui testari non potest dici intestatum ob penuriam vocabulorum. Gord. *ad L.* 64. *de V. S. n.* 3. & *seqq.* vocule *intestati* varie pro re subjecta accipi, nec tantum ad factum, verum etiam ad jus referri debere. Et quia plures pupillus, furiosus & similes vocantur, *intestati*, non probabiliter statui ubique impropriam loquutionem. Videndum igitur, an quis ratione facti; an juris dicatur *intestatus*. Qui nec potuit testamentum facere, nec fecit, is & jure & facto intestatus. Qui vero jure non fecit, in eo distinguitur. Aut ipso jure privatus, (ut lege *intestabilis* ob carmen famosum), & non *intestatus*, sed *intestabilis*, dici debet: aut impeditus, qui scilicet remoto obstaculo ætatis morbive, cum effectu testaretur, & hic non *intestabilis*, sed *intestatus*. Sufficit enim habitum potentia adesse, licet actu non adsit; alioqui tertia successionis species fingenda, nec ex testamento, nec ab intestato. Itaque hi respectu ipsius actus proprie *intestati*, *d. I.* 1. *pr.* ratione vero potentiæ omnino, ita Gaddæus. Quæres, An in statutis hi testatorum appellatione veniant. Ex. gr. Lex est municipalis. *Bona intestatorum agnatis masculis obveniant*: Pupillus moritur; quæritur an mater excludatur? Variæ sunt sententiæ, quas qui cognoscere avet, adeat Forst. *Lib.* 3. *C.* 4. ubi n. 14. & *seq.* affirmat ex popula-

nem non habet; vel a solemnibus, si quid his deest; vel ab his quæ testamenti interiorem vim continent, si quid item eorum desit, ut heredis institutio, aut certarum personarum necessaria institutio, vel exheredatio. De quibus tum diximus, cum quæreremus, quodnam esset justum testamentum. Quibus modis rumpatur testamentum, irritumve fiat, explicatur Tit. Inst. *quib. mod. test. inf.* ac plura in eam sententiam suo loco diximus. Non adita hereditate sic testamentum fit irritum, ut nunquam hinc deferatur hereditas. Olim quidem in universum ita jus fuit, ut hereditate non adita nihil ex testamento deberetur. *L. ea quam C. de fideicom.* Post, Justiniani constitutione Nov. *ut cum de app. cognos.* §. *aliud quoque.* inductum, ut ex caussa præteritionis vel exheredationis rescisso testamento, idest, aditione ex his caussis eo redacta, quasi hereditas adita non esset, legata nihilominus & cætera testamento relicta deberentur: sed tamen semper placuit etiam his casibus institutiones heredum infirmari, & rem redire ad heredes legitimos. Hoc idem in *auth. ex caussa. C. de lib. præt.* In his testamentis, quæ eventu irrita fiunt, quamobrem & defunctus fit intestatus, adjiciemus non tantum ea irrita fieri, quæ fiunt ipso jure, quod contingit iis modis, qui de rupto & irrito testamento expositi sunt in Inst. *Tit. quib. mod. test. infirm.* contingit item hereditate non adita: sed etiam ea, quæ caussis ad rescindendum incidentibus nihilominus adhuc per se jure valent; sed alieno facto rescinduntur. Quod fit duobus modis; aut bonorum possessione contra tabulas petita, aut querela inofficiosi testamenti perlata. Quibus remediis quando locus sit; quibus competant; & quem habeant exitum, supra ostendimus, cum ageremus de infirmandis testamentis. Cæterum, etiam his modis rescisso testamento, rem deduci ad caussam intestati, atque hinc deferri hereditatem omnibus, diserte scriptum est in *L. ut liberis. C. de colla.*

IX. Cum constabit eum, de cujus bonis agitur, intestatum decessisse, ut sic locus fiat legis delationi: proximum est videamus, quibus deferatur hereditas lege. Hic alia conditio est libertorum, alia ingenuorum. In hereditate legitima libertorum quædam communis cum ingenuorum hereditatibus; quædam propria. Quæ communia sunt, ex successione ingenuorum intelligemus. Quæ propria, sumenda sunt ex *Tit. Inst. de succ. libert.* Ubi jus de hoc genere, quantum satis est, proponitur.

X. Ingenuorum hereditas defertur lege quatuor generibus personarum, non simul omnibus; sed suo cuique ordine, prout ad proximum quemque hereditas æquitate aut utilitate publica suadente redire debere visum est. Cognatis primum; deinde viro & uxore; tertio loco servis defuncti bonorum addictionem jure desiderantibus; ad extremum fisco.

XI. Ac de cognatis, qui præcipuam atque adeo optimam hujus successionis partem occupant, dicemus postea separatim. Nunc reliquos ordines, quorum legitima successio non ita multis verbis indiget, breviter exsequemur.

XII. Ergo post cognatos, quorum in hac successione prima caussa est, defertur secundo loco legitima hereditas viro & [10] uxori quo invicem sibi in solidum ab intestato succedant, ut est in *L. unica. C. unde vir & uxor.* Nempe ob conjunctionem arctissimam matrimonii, continentem consortium omnis vitæ, atque omnis juris communicationem, ut definiuntur nuptiæ in *L. 1. D. de rit. nupt.*

XIII. Quo loco [11] virum & uxorem exigimus, qui tales fuerant, quo tempore alter moritur, quo & ipso defertur hereditas; & præterea eos, qui re ac jure tales fuerunt, non sua opinione, aut voluntate. Ideo non est locus huic successio-

pulari loquendi usu, tum ex ratione, quæ est conservatio splendoris familiarum, tum quia sine liberis is quoque dicitur, qui nec liberos habere potest.

10) Quod juxta jus vetus intelligendum de ea tantum uxore quæ non habebatur. Cujac. *ad d. tit. Unde vir. & ux.* Rav. *ad L. 30. de R. I.* Forst. *Lib. 9. C. 2. n. 32. & seq.* Nam quæ in manum convenerat, sive per coemptionem, sive per confarreationem, sua heres marito erat, vid. *not. supra lib. 7. C. 2. N. 6.* & Forst. *d. Lib. 9. C. 2. n. 2. & n. 25. & seq.* uti & eorum quæ in filii manu erat, quæ socero loco neptis. Cuj. *lib. 3. I. in Coll. LL. Mosaic. Tit. 16.* Rauch. §. 2. n. 3. & §. 21. n. 3. Ac ex lege Romuli marito, si impubes decederet, ex asse: sin superessent liberi, viritim cum illis succedebat. Halb. *Lib. 2.* Baldui. *ad L. Romuli 14.* Aym. Rival. *Lib. 1. Hist. Jur. Civ.* Zas. *ad L. 2. §. & ita LL.* (*ed alias versic. §. 2.*) *de O. I. n. 13.* Coras. *ad d. l. 2. §. 2. n. 16.* Uxoris vero bona, quantumvis relictis liberis decesserit, vir peculii quodam jure occupabat, cum eam in manu & potestate, tanquam filiam adoptivam, habuerit, P. Fab. *ad L. 91. de R. I. f. 416.* Quam successionem durasse usque ad tempora Theodorici Gothorum Regis arguit epistola 24. *Lib. 4. Variar.* Cassiodori. Paul. Cypræ. *de sponsal.* C. 5. §. 14. *n.* 3. Sed abolitis veteribus formis ac nuptiarum differentiis & Christianis solemnibus inductis vocatur ab intestato conjux, deficientibus liberis & cognatis *L. un. C. Unde vir.* Quod Theodosius & ad conjuges clericorum extendit *L. si quis 20. C. de Ep. & Cler.* Forst. *Lib. 9. C. 2. n. 45. & seq.*

11) Requisita 4. refert Cujac. *ad tit. Unde vir.* (1) Justæ & licitæ nuptiæ *L. 1. pr. d. t.* alias fiscus aufert hereditatem indigno *L. Claudius 13. de his quæ ut indign.* (2) Ut eluxerit maritum *L. 1. C. de sec. nupt.* (3) Ut uxor sit mortis tempore. (4) Ut non diverterit, tametsi divortium non valuerit, sed uxor permanserit *d. L. 1. §. 1.* vid. & de locis requisitis Forst. *Lib. 9. C. 3. n. 3. & seqq.* Schneidewin. *ad h. t. I. C. de succ. viri & ux. n. 15. & n. 22. et seq.*

sioni, nisi cum justum matrimonium est, & nullo divortio interveniente vir aut uxor decessit. *L. unica. D. unde vir & ux.* Successio primo inducta [12] edicto prætoris, bonorum possessione his inter se invicem proposita. *§. & primo. §. sed eas. vers. Aliam vero. Inst. de bon. poss.* Post etiam nominatim confirmata est lege Theodosii in *d. L. unica. C. unde vir & ux.* Sed hanc, ut dixi, conditionem habet, si cognati nulli exstabunt: ut intelligamus naturali conjunctioni plus tribui, quam adscititiæ.

XIV. Quod tamen postea constitutionibus novis humanitatis caussa ita temperatum est: ut placeret interdum conjugem superstitem etiam cum liberis defuncti conjugis, nedum cum ejus agnatis, ad certam partem hereditatis admitti. Et quidem in commune [13] utrique conjugi tributum est Novellis Justiniani constitutionibus, ut si defunctus sit locuples, superstes inops, admittatur superstes [14] uxor cum [15] liberis defuncti mariti; superstes maritus cum liberis uxoris defunctæ in quartam partem ususfructus bonorum, si siut [16] liberi tres, vel pauciores: sin plures, in virilem liberis non exstantibus, eædem partes serventur cum tot numero cognatis; sic tamen, ut hoc casu succedat superstes [17] in quartam istam partem, aut virilem pleno jure, non usufructu tenus dumtaxat. Hoc in auth. *præterea. C. und. vir & ux.*

XV.

12) Est tamen successio adhuc prætoria, cum Theodosius, & Valentinianus in *d. L. un. C. Unde vir.* non tribuant jus legitimum, sed prætorium confirment, Ranchin. §. 1. *n.* 4. & 5. & §. 21. n. 1. ideoque intra 100. dies bonorum possessio agnoscenda, Borch. *de Grad. pag.* 259. & *seq.*

13) Idem jus viro inopi, *Novel.* 53. *C.* 6. *in fin. pr. arg. L. pen.* §. 2. vers. *eodem modo C. de repud.* Sed an hoc mutavit *Nov.* 117. *C.* 5. *in fin.* Ita vult Ranchin. §. 21. *n.* 6. Borch. *de Grad. pag.* 259. testans tamen crebrius placere idem adhuc in viro obtinere, contra ipsius Imperatoris dispositionem. Sane DD. fere hanc difficultatem nec leviter attingunt. Verum cum & Harmenop. *Lib.* 5. *Promptuarii Tit.* 8. *Cap. de Indotata uxore pag.* 308. idem jus quod in uxore, in viro quoque locum habere referat, nec mutatio juris, optima ratione subnixi facile inducenda sit; cum & successiones mutuas esse conveniat: non improbabiliter dicemus *d. vers. ult. C.* 5. qui maritum quartam ex substantia mulieris accipere prohibet, generaliter non esse accipiendum, sed ex proxime præcedentibus ad eam speciem restringendum, quando vir uxorem indigne expulit. Confirmat vocula *enim*, cum alias conveniret adversativa, *autem*, vel similis. Nec resistunt verba, *secundum priorem legem.* Quia sensus est: Tametsi *Novell.* 53. *Ca.* 6. generatim ac indistincte loquatur, tamen Imperator speciem inde eximit, quoniam uxor sine justa caussa foras ejicitur, licet eo ipso matrimonium non protinus dirimatur. Et ita temperat priorem suam legem Justinianus non abolet.

14) Sive nihil attulerit dotis aut bonorum, sive pauxillum, unde se exhibere nequeat, per *Nov.* 53. *C.* 6. § 1. & quidem ratio Forst. *Lib.* 9. *C.* 4. *n.* 7. & *seqq.* Schneidwin. *ad h. t. Inst. Cap. de Success. int. vir.* n. 17. Coler. *Decis.* 61. *n.* 46. Decian. *P.* 3. *Resp.* 111. *n.* 16. Joan. Vinc. Hondedæ. *Vol.* 1. *Cons.* 93. *n.* 4. qui tamen, contra sententiam *d. Auth.* vult attendi debere an dos fuerit congrua tempore contracti matrimonii, licet in præsenti alimoniæ non sufficiat. Item si ab initio quidem dos amplior, sed deinde valde diminuta, de quo Forst. *d. Lib.* 9. *C.* 14. Ratio in *d. Nov.* 53. *C.* 6. *in fin.* ut inopia subveniatur in honorum transacti matrimonii, ne quæ rem familiarem auxit vel servavit, ad mendicitatem redigatur, quod ignominiosum viro defuncto, qui in re lauta vixerat, Forst. *supr. d. C.* 4. *n.* 2. & 3. Quæ vero inops sit, judex ex re definit. Schneidw. *d. loc. n.* 16. Borch. post alios *de Grad. p.* 258. Hondedæ. *d. loc. n.* 3. Tuming. *Decis.* 40. *n.* 1. Jo. Petr. Surdus *Tr. de Alim. Tit.* 9. *Q.* 37. Requiriturque inopia tempore mortis quo defertur. Nec amittitur quarta, si postea mulier dives se acquirat, Tiraq. *Tr. Cess. caussa limit.* 4. *n.* 1. Surdus *d. Tit.* 9. *Q.* 35. n. 45. Quid si uxor tempore mortis mariti nihil in bonis habeat, spem tamen habet sibi ex parentis vel propinquorum successione obventurum, an locus huic beneficio, vid. Tuming. *Decis.* 40. qui affirmat. Dissent. Jo. Vinc. Hondedæ. *Vol.* 1. *Cons.* 93. *n.* 26. & *seqq.* & *Vol.* 2. *Cons.* 79. qui & utraque ea Consultatione operose contendit, nec aliter locum dari huic successioni, quam quando, absque ea esset, mendicandum foret uxori, studium partis ea re potius, quam veritatis aut justitiæ prodens. Ut vere conqueratur Marqu. Freher. 2. *Parerg.* 6. *in fin.* multa Gratiis, plura Diti e Consultoribus sæpe dari.

15) Magis igitur si cum adscendentibus concurrit, vid. Forst. *Lib.* 9. *de Success. C.* 9. Liberis autem vel parentibus repudiantibus, portionem illorum non accrescere uxori, sed ad sequentis gradus cognatos devolvi censet Duaren. *Lib.* 2. *de I. accresc. C.* 18. *in fin. per L. un. C. Quand. non pet. part.* Contra Forst. *Lib.* 9. *C.* 12.

16) Ita & Cujac. *in Novell.* 53. *in fin.* (addens ex *Nov.* Leonis 106. etiam proprietatem consequi) Schneidw. *d. loc.* n. 14. Sed puto verius ex *d. Nov.* 53. *C.* 6. etiam dominium quartæ mulierem nancisci, Forst. *Lib.* 9. *C.* 9. *n.* 2. Sed ex *Nov.* 117. *C.* 5. si tres, paucioresve liberi, accipere eam quartam ex substantia atque ita pleno jure. Sed si plures liberi, tum virilem habet jure ususfructus ne liberis nimium subtrahatur.

17) *Nov.* 53. *C.* 6. *Nov.* 117. *C.* 5. *Confer. Nov.* 22. *C.* 18. *Nov.* 74. *C.* 15. *pr.* & *Nov.* 134. *C. ult in f.* Et hunc quadrantem testamento auferre, vel minuere non licet arg. d. auth. *præterea* in fin. & quia habetur non beneficio conjugis, sed legis *d. N.* 134. *C. ult.* Borch. *de Grad. p.* 259. & *seq.* Forst. L. 9. *C.* 5. ubi objecta diluit. (Dissent. Scipio Gentil. *Lib. de Sec. nupt. C.* 5.) Immo *C.* 6. alienata in fraudem hujus quartæ revocari posse censet. Et deberi etiam confiscatis bonis Jo. P. Surdus *de Alim. Tit.* 1. *Q.* 34. *n.* 14. Cæterum in successione conjugum variat. Jus Saxonicum a Civili discrepat. Maritus succedit uxori in mobilibus, sive nobilis sit, sive ignobilis, sive doti dicta bona, sive paraphernalia, sive liberi concurrent, sive cognati, vid. Landr. *Lib.* 1. *Art.* 31. & *Lib.* 3. *Art. C.* 76. Coler *de Proc. exsec. P.* 2. *C.* 3. *n.* 231. & *seq.* Schneidw. *ad h. t. L. Cap. de Succ. int. vir. n.* 26. & *seqq.* Zobel. *diff. Jur. Civ.* & *Sax. P.* 3. *Diff.* 9. & 10. detracta tamen legitime liberis vel parentibus debita, si aliunde salva non sit, Coler. *d. lo. n.* 233. Schneidwin. *d. loc.* Moller. *ad Nov. D. Aug. Elect. Sax.* 21. *P.* 6. *n.* 23. exceptis utensilibus, quæ transmittuntur ad filias, vel si desint ad proximas cognatas, etiam exclusis filiis. vid. Schneidw. *d. lo. n.* 31. Coler. *Decis.* 42. & *seq.* Nomina, & annui redditus, item partes metallicæ an inter mobilia referantur pete ex *Nov. Aug. Elect. Sax.* 23. & 2. *seqq* add. Coler. *Decis.* 59. Quid de mercibus in tabernis vid. P. Heig. *P.* 2. *Q.* 15. Quid si nulla omnino mobilia relinquat uxor. Schneidw. *d. loc. n.* 32. tunc, si vir inops, mulier locuples, dispositioni juris communis locum fieri vult. Sed usum id non probare Wes. *in not. ibid.* & Moller. *ad d. Nov. Sax.* 22. *n.* 14. Quæres, Si ex pecunia ab uxore illata vir prædia & res soli compararet, num ut pecuniam lucraretur, ita & ex ea emptos fundos? Adi Moller. *d. lo. n.* 15. & *seqq.* ubi *n.* 32. si ex pecunia dotali sint comparatæ viri nomine, non fieri dotales, proinde virum pecuniam omnem lucrari scribit, in qua consentit Coler. *Decis.* 57. *n.* 34. & *seqq.* Contra si uxoris fundos vir vendat, pretium illorum ad liberos pertinere, non maritum Moll. *ibid.* n. 33. in quo diss. Coler. *d. Decis* 57. *n.* 13. & *seqq.* Quoad successionem uxoris, quæ fit marito, annuit felicis recordationis Elector Augustus *Novell. sua* 20. *P.* 3. primo omnium attendi debere pacta dotalia (quæ tamen, quod adimant mulieri optionem, difficultate non caret, de qua Moll. *ibid.* & Coler. *Decis.* 61.) deinde statuta ac consuetudines loci, non matrimonii contracti aut dotis promissæ, sed domicilii mariti, habitationis,

Digitized by Google

XV. Illud peculiariter patri datum, qui viva uxore filios emancipavit, ut matre deinde mortua vocetur ipse cum liberis defunctæ ad successionem ejus in viriles portiones: sed ususfructus dumtaxat, quoniam hunc emancipatione amiserat *L.* 3. *C. de bon. matern.* Quæ exceptiones, ut in successione viri & uxoris locum habent, dum plus juris in ea successione his tribuunt, quam primo concessum erat: ita etiam in successionem liberorum necessario incidunt, dum e converso hactenus jus eorum in hereditate parentum legitima minuunt: de quo postea.

XVI. Si nec cognati erunt, nec vir aut uxor; tertio loco defertur domini hereditas servis, quibus testamento domini, aut ab intestato codicillis libertates datæ sunt, si nemine successore ab intestato existente, in ea caussa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant. Nam si quis ex his servis adito eo, cujus de ea re notio est, desideret libertatum conservandarum causa bona sibi addici, cautum est rescripto Marci Antonini, audiendum esse, si idonee creditoribus caverit de solido, quod cuique debetur, solvendo. Quo de genere addictionis jus propositum habemus *tit. Inst. de eo cui lib. caus. bon. addic.* ubi & dilucide explicatur, nec exstat alibi. Esse autem hanc addictionem successionis genus, initio ejus tituli scriptum est. Sed & exitus addictionis, qui deinceps subjicitur, id satis demonstrat. Præcedere autem hanc successionem caussam fisci, eodem rescripto comprehensum est, nisi fiscus paratus sit ita bona suscipere, ut libertas iis salva sit, qui eam adipisci potuerunt. *d. tit. de eo cui lib. caus. bon. add. in pr.* illic, *& ne hujus rescriptionis.*

XVII. Quod si neque cognati ulli, neque vir aut uxor, neque superior addjectio bonorum erit: placet præter hos nullos privato jure esse heredes, sed bona fieri vacantia: quo nomine jure publico ad extremum [18] deferuntur fisco. *L.* 1. *in pr. D. de success. ed. L.* 1. *& L.* 4. *C. de bon. vac. lib.* 10. Quod tamen non est perpetuum. Alias certarum personarum hereditates ad alios pertinent.

XVIII. Sunt enim personæ quædam certis corporibus publicis adscriptæ, quæ si sine alio herede decesserint, placet earum hereditatem non ad fiscum, sed [19] ad ea corpora, quorum pars erant, redire. In hoc numero sunt ii, de quibus comprehensum est *tit. C. de her. de.* Item ecclesiastici, de quibus cautum *L. si quis presbyter, C. de ep. & cl.*

XIX. Interdum nullo alio herede relicto vocatur fiscus ad hereditatem; sic tamen, ut hoc casu quædam eximantur, ac potius transferantur ad alios. Quod accidit in re a principe duobus communiter donata. De ea enim sic Constantino placuit, ut si unus ex his sociis, nullo herede relicto decesserit, pars deficientis ad consortem, non ad fiscum pertineat.

i

nis, non originis per *L. exigere* 65. *de judic.* Schneidv. *d. loc.* n. 3. *&* 4. ad quod vid. P. Greg. 45. *Synt.* 14. *n.* 6. Quæ si utraque desint, dat optionem constitutio, ut vel auferat quartam partem, si liberi exstant: tertiam si nulli; utrobique tamen, collatis suis bonis (& utensilibus quoque illatis vide Coler. *Decis.* 62.) vel bona illata repetat: nulla habita ratione an ex suis bonis alimenta habere possit an secus. Moller. *ibid. n.* 52. vid. Zobel: P. 3. *Diff.* 12. Extra ditionem autem Electoris in locis quibus viget jus Saxonicum dispositio *d. Auth. præterea*, in successione uxoris servatur. Moller. *ad d. Nov. Sax. Elect.* 20. *n.* 82. Coler. *de Proc. exe. P.* 1. *C.* 3. n. 227. Nobilium vero successio alia & peculiaris est. Ibi namque sortitur uxor. (1) Utensilia. (2) Sponsalitiam largitatem. (3) domestica cibaria, esculenta & potulenta &c. vulgo Mustheil (de quo vid. *Nov. Sax.* 34. *& seqq.*) (4) donationem propter nuptias seu dotelitium ususfructus in certis bonis feudalibus ad tempus vitæ constituti, vid. Schneid. *ad h. t. I. C. de success. int. vir & ux. n.* 39. *& seqq.* Denique non uti jure Civili sponsa de præsenti, quam rationes vocant (aliud in sponsa de futuro) æque succedit, & e contrario quia matrimonium perfectum, licet non consummatam. Schneid. *d. loc. n.* 13. Gomez. *in L. Taurina* 8. *n.* 12. Forst. *Lib.* 9. *de succ. C.* 3. *n.* 8. *& seq.* vid. tamen P. Greg. 45. *Synt.* 14. *n.* 7. *& seqq.* Ita & jure Saxonico. Sed requiritur conscensio thalami. Dandas Brautbett beschritten *Lib.* 1. Landr. *Art.* 31. *& Art.* 45. Schneid. *d. loc. n.* 21. Coler. *Decis.* 58. Nec si ante eam, sponsa ipso nuptiarum die moriatur, illi succeditur a sponso, *Nov. Elect. Sax.* 19. P. 3. Sufficit vero illa, tametsi vel mutuo consensu, vel impedimento aliquo, vel magicis artibus, consuetudo conjugalis non sequuta. Moll. *ad d. Nov.* 19. *n.* 2. diss. videtur Zobel. P. 3. *Diff.* 11.

18) Fiscus succedit jure civili, estque heres legitimus arg. *L. filius f.* 114. §. 2. *de leg.* 1. ex lege Julia Caducaria *Ulp. tit.* 28. quando scilicet bona vacantia (diss. Borch. *de Grad. p.* 264. volens heredem non vocandum esse, nec repræsentare defunctum, sed admitti ad bona, non hereditatem jure superioritatis.) Quando autem bona ob delictum alicujus confiscatione transferuntur, non est heres, sed heredis loco, Ranch. *de Succ. ab int.* §. 23. n. 1. item quando res indigno aufert, Tiraq. *Tr.* Le mort saisit le vif, *declar.* 15. n. 20. vid. & Schneid. *ad h. t. I. Cap. de succ. fisci* Jo. P Sard. *Tr. de Alim. Tit.* 9. *Q.* 31. *& Tit.* 8. *Privil.* 59.

19) Vid. P. Greg. 45. *Synt.* 15. Rad. Forner. 4. *Rer. quotid.* 7. Hac DD trahunt ad quævis collegia licita, ut Doctori. itemque studiosa Academia succedat pro fisco. Tiraq. *de Tr.* Le mort saisit le vif *P.* 2. *Declar.* 15. *n.* 6. quod reprobat Ranchin. §. 22. n. 4. quia frustra quinque corpora speciatim nuncupassent Imperatores in *d. tit. Cod.* Schneid *supr. d. Cap de succ. fisci n.* 20. tantum & ipse in casibus a jure expressi, recensitis *d. tit. Cod.* successionem admittit. In aliis *non* succedere collegium, sed fiscum civitatis. Studiosi tamen bona vacantia tribui fisco Academiæ. Bona militis, deficientibus cognatis usque ad quintum gradum legioni delata fuisse, & inde vocari caduca legionis in *L.* 4. §. 17. *de fideic. lib.* ex constitutione Adriani *L.* 6. §. 7. *de inf. rupt.* sentit Hat. 8. *Obs.* 8. Sed Cujac. *ad d. L.* 6. §. 7. & militi non damnato successisse cognatos usque ad septimum gradum, ac post eos legionem *d.* §. 7. *in fin. L.* 2. *C. de her. decur.* Damnato autem cognatos usque ad quintum gradum & post eos fiscum, de quo caveri *L. ult. D. de veteran. & mil. succ.* ex inscriptione. Egisse enim eo libro Papinianum de reis capitalium criminum. Et sic, inquit, non angustior sed augustior est militis successio Pagano enim capitis damnato fiscus antiquo jure omnibus cognatis potior. De successione quæ fit militi ex delicto militari damnato, vid. *A. Fab.* 72. *Err. Pragmat.* 9. *&* 10.

tineat. *L. unica. C. si liberalit. imp. soc. sine her. decess.*

XX. A quibus si discesseris, ita sunt superiora genera ac superiores ordines eorum, quibus hereditas defertur ab intestato lege, ut alii omnes removeantur. Itaque nec [20] affinitatis jure ulla defertur successio: *L. affinitatis. L. vitrico. C. com. de suc.* Nec [21] nutritoribus hujus beneficii nomine *L. nutritorib. C. eod.* Ac nec [22] civitates civis sui sine legitimo herede defuncti bona jure civitatis vindicare possunt: soli fisco ea deferuntur. *L. 1. C. de bo. vac. lib. 10.*

XXI. Sed tres posteriores ordines neque frequenter occurrunt, (raro enim fit, ut defuncto non sint aliqui cognati superstites) & eum occurrunt, expeditam rationem habent: nulla enim in singulis his generibus personarum varietas est, quæ dissimili & vario jure contineatur. Alia caussa est cognatorum, quem in successione legitima primum ordinem posuimus. Cognati enim non unius generis, nec eodem omnes jure habentur, ideo & hic locus patet latius; ac de eo prope solo in hac quæstione legitimarum hereditatum dubitari solet. Certe hæc quæstio totam fere hanc partem in libris nostris occupavit.

XXII. Exstat autem de hac parte prudens & utilis constitutio Justiniani *Nov. de her. ab intest. ven.* 118. in qua jus omne ad hanc speciem pertinens breviter & commode est complexus, divisa successione legitima in tres ordines, de quibus dixit ordine. In ea, ut si unquam, Justinianus optimam operam navavit reipublicæ. Nam ante de successionibus hujus generis jus admodum incertum & perplexum fuit. Idem cognitu longum: utpote varium & multiplex variis legibus constitutum, deinde innovatum, mox etiam renovatum, & interpolatum sæpius. In qua varietate vix quidquam certi fuit: aut si quid certe ut id haberetur, innumeræ adeundæ & cognoscendæ fuerunt leges & partes juris, sepæ ipsæ inter se pugnantes. Et, ut in rebus tam diversis & pugnantibus accidit, vix tandem post longam lectionem & investigationem inventum, quid in eo sequeremur, ut animadverti potest ex iis, quæ de hoc genere tradita sunt *lib. 3. Inst.* in hoc argumento quæ item tradita in Pandectis sub titulo *De bonorum possessionibus:* præsertim a titulo *Si tabulæ testamenti nullæ exstabunt* usque ad titulum *De operis novi nunciatione.* Similiter & in Codice libro sexto tit. *De suis, & legitimis heredibus* & deinceps. Justinianus ex illa varietate juris veteris & incertitudine rem educens jus unum hic & certum fecit, exæquatis inter se liberis omnis generis; item parentibus utrinsque sexus; item cognatis & agnatis omnibus, ita ut in omnibus naturalis tantum conjunctionis & sanguinis ratio haberetur, antiqua varietate & distinctione personarum, quæ in singulis generibus fuit, sublata. Ex illa autem multitudine & varietate tum legum, tum scriptorum, rem redegit in compendium, quod in ea constitutione videmus. Et ne superesset nobis in hac parte superioris antiqui juris anxie quærendi & cognoscendi labor, voluit in sua illa constitutione Novella id jus exstare, quod solum in posterum servandum esset; ut ipse his de rebus præfatur statim initio constitutionis. Et ideo si quid est in aliis partibus simile; nihilominus recte ex hac constitutione sumi potest. Certe semper sumetur certius, quia semper certum erit id jus postremum valere debere. Sin aliis locis aliquid dissidet: sciemus id servandum non esse. Quocirca si quid in hac specie successionis allegabitur ex aliis partibus juris vel ex Pandectis, vel ex Institutionibus, vel etiam ex ipso Codice; meminerimus [23] id omne exigendum esse ad normam hujus constitutionis. Sed non potuit tam diligenter scribi constitutio, quin interdum deesset aliquid, quod supplendum esset ex aliis partibus: & præterea quin ita scripta essent quædam, ut posterioribus aut non satis sint animadversa, aut etiam dubitationem attulerint. Idque ita in omnibus fere legibus natura comparatum esse, ex experientia communi petitum, alibi docemur. *L. neque. L. non possunt. D. de legib. L. 2. §. his legibus. D. de orig. jur.* In quibus cognoscendis visum est nobis lectorum prudentiam brevi opera adjuvare.

CAP.

20) Nec recte Bald. *ad L. 1. C. unde vir.* socerum ac generum sibi invicem in defectu cognatorum, fisco excluso, succedere. Pejus Accurs. *in §. mariti 8. v. postea in fin. I. de nupt.* cognatos uxoris succedere marito & vicissim. Vid. Tiraq. *de Retr. Lignag.* §. 14. *Gl.* 2. *n.* 19. *& Tr.* Le mort saisit le vif, P. 2. *Declar.* 15. *n.* 2. *&* 3. Form. *Lib.* 9. *C.* 3. *n.* 7. Ranchin. §. 21. *n.* 4.

21) Ad rationem dubitationis conferatur Menoch. *de Arbitr. jud. Qu. Ca.* 101. *n.* 4. Nec tutor (alias quasi legitimus) pupillo succedit, contra quam quibusdam visum motis *L. quo tutela* 73. *de R. I.* vid. Tiraq. *de Tr.* Le mort saisit le vif, *P.* 2. *Declar.* 13. *n.* 4. *&* 5. Gomez *in L. Taurin.* 8. *n.* 24. Ranchin. §. 22. *n.* 5.

22) Jure tamen Saxonico civitates mero & misto imperio predita ex consuetudine jus confiscandi bona vacantia usurpant, Coler. *Decis.* 72. *n.* 3.

23) Omnium quæstionum decisio nec ex L. 12. tabb. nec edicto prætoris, sed ex *Novell.* 118. repetenda, nisi consuetudine aut statutis aliud receptum, Vult. *in princ. Inst. h. t. n.* 18.

CAP. II.

De legitima successione liberorum.

In Cognatorum successione triplex ordo; & qui I.
Primus ordo liberorum. II.
Horum diversa ex jure vetere : at Justiniani novissimo una omnium conditio quoad successionem. III.
Præter adoptivos, & spurios. IV.
Adoptivorum successio a Justiniano in Codice ordinata, & post hanc ejus Novellam *rata manet.* V.
Spurii, dummodo non nati ex damnato Coitu matri succedunt cum legitimis. VI. X.
At illustri matri non item. VII.
Patri naturali succedunt ab intestato nati dumtaxat ex concubina; & hi præstitutis conditionibus; & in duas uncias. VIII.
Ex Concubina nati quare, superstite legitima uxore, a successione naturalis patris removeantur. IX.
Cum plures sunt defuncto liberorum gradus, filii & nepotes: hi defuncti eorum patris in locum avo succedunt cum patruis: iidem, vivo patre, ab avi successione excluduntur. XI.
Etiamsi sub avi potestate remanserint, emancipato illorum patre. XII.
Liberi cujuscunque gradus removent a successione defuncti parentes ejus quoscunque; & quare. XIII.
Quid de Jure veteri *in bonis defuncti filiifamilias, qui habet post se liberos, constitutionibus & Novello Jure mutatum.* XIV.
In bona defuncti filiifamilias, quæ, ipso vivente, patri non acquiruntur, aut pleno jure succedunt, aut nuda proprietate tenus ejusdem liberi : & quæ illa sint. XV.
Cur peculium profectitium defuncti filiifamilias sit ejusdem patris; non liberorum. XVI.
Dos tamen filiæ profectitia non redeat ad patrem, sed transmittatur ad ejus liberos. XVII.
Constitutionibus *iis, quibus pater aut mater admittuntur ad successionem cum defuncti liberis non fuit hac novella constitutione derogatum: & quare.* XVIII.
Quando liberi in Capita *succedant, aut in* stirpes. *Quid sit in* Capita *succedere, & quid in* stirpes. XIX. XX.

I. TRes sunt igitur ¹ cognatorum ordines & gradus, quos initio §. 1. constitutio proponit, & recto ordine persequitur. Primus descendentium seu liberorum; secundus adscendentium; seu parentum: tertius cognatorum, qui sunt ex transverso seu a latere, tam agnatorum, quam cognatorum. Partitio vetus, tradita item in *L. 1. D. de grad. & aff. & Inst. eod. tit.*

II. In successione legitima defuncti primus locus est defuncti liberis. De quo cavetur in §. 1. ejus constitutionis. Hic ut quatuor occurrunt natura, de quibus quæratur: ita jus de hic constitutum operæpretium est distincte observare.

III. Quando igitur liberos ad legitimam hereditatem defuncti parentis vocari placet: prima hic quæstio est, an vocentur omnes, quicumque natura sunt liberi; nec ulli conditione sua aliis præferantur. Nam jure vetere alia hic conditio fœminarum fuit, alia masculorum: suorum filiorum alia, & alia emancipatorum: alia item filiorum, alia interdum nepotum. Unde hujus partis perplexitas & incertitudo, ut sciri potest ex *Tit. Instit. de her. quæ ab intest. defer.* Hic placet omnes liberos ² sine ulla

1) Ex lege 12. tabb. unus erat agnatorum. Et inter agnatos primi erant sui. Ascendentium ordo non considerabatur, quia filiusfamilias non poterat habere heredem. Forst. *Lib. 3. de Success. C. 7.* quem & vide *Lib. 4. C. 12.*

2) Sexus discrimen antiquo jure geminum, idest ratione personæ, cui succedendum. Matri enim non succedebant liberi etiam masculi, ex lege 12. tabb. quia non erant eidem sui heredes, Ulp. *tit. 26. §. 7.* sed prætorio edicto vocabantur, post agnatos, ex capite: *Unde cognati pr. I. de SC. Tert.* Verum tempore M. Aurelii Antonini ex SC. Orphitiano vocabantur exclusis agnatis. Ulp. *d. §. 7.* tametsi in aliena potestate essent, *L. pen. D. ad SC. Tert.* non quod tunc bona manserint liberorum, ut Alc. 4. *Parad. 3. per L. 6. pr. de in veteris juris, &c. C. de bon. quæ lib.* Acquirebantur enim per eos patri, sed quod interesset eorum potius, sic ad patrem pervenire quam ad agnatos, Bellon. 4. *Supputat.* 5. n. 3. Vetus vero jus in *d. L. 8. pr.* non denotat jus Digestorum, sed ea lege anterius, vid. *L. 1. & 2. C. de bon. mat.* Bellon. *d. loc. n.* 5. vid. de SC. Orphitiano P. Greg. 45. *Synt. 2. n. 3. & seq.* Rauchin. §. 5. Forst. *Lib. 4. C. 12. n. 6. & C. 21. n. 16.* 2. ratione liberorum, quibus deferenda successio. Fœminæ enim exclusæ etiam hereditate paterna, non quidem lege 12. tabb. quia Imperator in §. 2. vers. *& hæc quidem lex I. de Leg. agn. success. & in L. pen. pr. & §. 1. C. de leg. hered.* profitetur se legem 12. tabb. in usum reducere, Rauchin. §. 13. *n.* 5. Forst. *Lib. 3. C. 12. n. 8. & 9.* sed lege Voconia, cujus rogatione (ita malo legere, apud Paul. 4. *Sent.* 8. §. 22. cum

nulla exceptione conditionis pariter admitti sublata omni differentia vetere, nihil scilicet ut intersit, utrum sint filii, an filiæ [3]: sui, an emancipati, aut ii, qui nunquam in potestate fuerunt: filii, an nepotes, neptesve. Quos quidem non gradus, sed con-

pa. eum Cujacio *ibid*, quam cum Fr. Balduino *de Lege Voconia*, ratione, quasi Lex illa nihil nominatim de legitimis hereditatibus caverit, (sed qua ratione id testamentariis disposuit, eadem ad legitimas extensa sit) effectum ut fœminæ ultra consanguineas non succederent. Consanguinea autem non dicebatur patri filia, non matri (ubi ex Cujac. *Sententiæ* 21. *Obs.* 26. illi quæ in manum viri convenit) sed fratri, ac sorori qui in ejusdem potestate *L. 3. C. de leg. tut. d. L. pen. pr. C. de leg. her.* Cujac. 6. *Observ.* 17. 11. *Obs.* 26. 15. *Obs.* 36. & in *Nov.* 84. Rev. 5. *Var.* 1. P. Fab. *ad L. 8. d. R. I.* Quæ a D. Trajano abrogata, quod in ejus laudem memorat Plin. *in Panegyr.* Forst. *d. Lib.* 3. *C.* 12. *n.* 20. Justinianus magis mulieribus indulgens in omnibus successionibus fœminas maribus æquavit. *L. pen. §. ult. C. de leg. hered. L. 4. C. de lib. pert.* Vinc. Cabot. 1. *Disp.* 19. Apud Francos L. Salica sanxit: De terra Salica in mulierem ut nulla portio hereditatis transeat. Sed et postea displicuit, Cujac. 8. *Observ.* 14. Cabot. *d. C.* 19. Ranchin. §. 7. n. 1. & 2. excepta regni successione. Nam & ad eam pertinere L. Salicam volunt, P. Greg. 7. *de Rep.* 14. *n.* 99. Cabot. 1. *Disp.* 16. Ranchin. *de success. int.* §. 7. contra Hot. *in Francogallia*, C. 10. & sub nomine Matagonis de Matagonibus *adv. Francogalliam* Autor. Matharelli *p.* 84. 151. *seqq.* Licet vero Justinianus naturæ accusatores vocet, qui tales differentias inducunt, *d. L. 4. C. de lib. præt.* & morem Armeniorum damnat, *Nov.* 21. Statuta tamen, quæ potiorem filiorum conditionem faciunt, vel fœminas extantibus masculis excludunt, valere, ac gravibus fulciri rationibus, ostendunt. Bodin. 5. *de Rep.* 2. *p.* 824. P. Greg. 45. *Synt.* 13. Forst. *Lib.* 3. *C.* 13. Schneidt. *ad tit. Inst. de leg. ag. succ. n.* 11. Beust *ad L. 1. de Jurej. n.* 167. & *seqq.* cum & juri divino conveniant. *Nov.* 27. v. 8. De quibus statutis vid. A. Fab. 27. *Err. Pragm.* 9. & *seqq.* & 28. *Err. Pr.* 1. & *seqq.* & 29. *Err.* 2. & *passim.* An tum filius per rescriptum legitimatus sorores excludat, vid. Forst. *Lib.* 6. C. 27. n. 74. & *seq.* Fach. 6. *Contr.* 1. Arcem autem fœminas statutum etiam masculos ex eis descendentes, vid. Tiraq. *de Jure primigen. Q.* 12. *n.* 12. P. Greg. 45. *Synt.* 13. *n.* 6. Forst. *Lib.* 3. *C.* 16. & *Lib.* 4. *C.* 25. *n.* 70. & *seqq.* Jure Saxonum sæpe filiarum conditio potior, cum in successione matris utensilia, & omnem mundum muliebrem præcipiant, Quorum adeo incapaces filii, ut si omnes agnatæ desint, ad fiscum devolvantur, exclusa etiam filio, Schneidw. *ad* §. 1. *Instit. Cap. de succes. Fisci n.* 16. Quæ veniant appellatione utensilium vid. Zobel. P. 3. *Diff.* 2. & 8. Coler. *Decis.* 62. *n.* 51. & *seqq.*

[3]) Intuitus est imperator jura naturæ & sanguinis, quæ per emancipationem mutari non censuit *L. 8. de R. Jur.* Itaque hodie emancipatus non indiget ope prætoria, ut intra certos dies petere bonorum possessionem cogatur, sed succedit jure civili, imperatoriæ constitutionis auctoritate, Schneidw. *ad h. t. L. C. de success. filior. natural. & legit. n.* 5. Ranchin. §. 4. Forst. *Lib.* 8. *C.* 9. *n.* 6. A Fab. 29. *Err. Pragm.* 10 *p.* 218. Ita enim expresse *d. Nov.* 118. *C.* 1. *in fin.* Et cum differentia agnatorum & cognatorum omnis sublata sit in successionem *d. Nov.* 118. *C.* 4. atque ita inter fratres emancipatos & in potestate retentos, inter nepotes ex filio, & ex filia, quomodo deterior filiorum emancipatorum conditio? Quod si jure prætorio adhuc succederent: utique esset deterior, non tantum quoad succedendi modum, sed & quoad effectum, quia non excluderent filios suos, nepotes defuncti, propter edictum *de conjung. cum emancip. liberis*, & sic inæqualis esset successio, quod *d. Nov.* 118. non patitur. Diss. Alciat. 3. *Parad.* 21. Cujac. *ad d. Nov.* 118. Quamquam post sublatam differentiam non ita omnia confusa, ut emancipatus suus dici queat, vel contra: sed & hodie emancipatus non ipso jure, sed aditione fit heres, quia illud proprium *suitatis* communicari non *suis* non potuit, Ranchin. *d.* §. 4. *n.* 3. A. Fab. *d. Error.* 10. *p.* 218. Cæterum nec discrimen ætatis *LL.* Romanorum attendunt, quibus jus primigeniorum incognitum, de quo exactus & pulcher Tractatus Tiraq. *de I. primigen.* vid. & Zoan. *Lib. de Primatu prioris geniti*, P. Greg. 45. *Synt.* 3. Andr. Knich. *de Sax. non provoc. jure Gl. Electorum C.* 3. Apud quos primogeniti præferentur hodie & olim. Tiraq. *d. Tr. in Præfat. n.* 5. & *seqq.* An ratione nitatur, & an favorabilis talis commutatio, Tiraq. *d. Tr. Q.* 4. Odiosum esse, ac stricte interpretandum vult Vasq. *Lib.* 2. *de Succes. Resol.* §. 13. *n.* 7. & 8. qui & 1. *Ill. Contr.* 8. *n.* 7. & 8. usum majoratuum apud Hispanos omnibus malis longe pestilentiorem vocat Nicol. Sudar. *Lib.* 2. *Disput. civ. p.* 137. censet populari Reipublicæ statui magis convenire æqualitatem inter fratres: Regiæ autem imperio adstrictis expedire, ut in singulis domibus ac familiis unus primogenitus præsideat, & opibus præpolleat. Sed num caveri poterit in matrimonii contractione ut primogenitus solus succedat? Negat Tiraq. *d. Tr. Q.* 6. An in Jure primogenituræ natus in matrimonio excludat prius genitum per subsequens matrimonium legitimatum, vid. Forst. *Lib.* 6. *C.* 24. Nec nativitatis. Nam & postumus parentibus heres §. 2. *in fin. Instit. h. t. L.* 3. §. 9. *D. L.* 3. *C. de suis & legit.* ipso instanti nativitatis, licet paulo post obeat. Gomez. 1. *Resol.* 1. *n.* 8. ubi quis sit hujus rei effectus. etiam qui exsecto matris utero natus *L.* 1. §. 5. *ad SC. Tertyll.* in quo ratio dubitandi quod viperæ instar hic in lucem proserpat, ac quasi parricidio gignatur. Apulei. *Apol.* 2. Ranchin. § 5. *n.* 8. Nec qui sequenti gradu sunt, admittuntur, cum nativitas in pendenti *d. L.* 3. §. 9. Sed si viva parente conceptus, (non si post mortem avi, licet genuinus nepos, vid. *infr. N.* 11.) & intra legitimum pariendi tempus editus, quod LL. 10. mensibus definiunt *L.* 3. §. *pen. de suis L. Gallus* 29. *pr. de lib. & postum.* Quod & Justinianus comprobavit *Nov.* 39. *C.* 2. quicquid refragetur Bas. 4. *Paradox.* 6. alienissimam *d. C.* 2. ac tum a verbis tum mente Imperatoris nimium quantum discrepantem sententiam affingens. Quanquam de hoc tempore multa non philosophis tantum & Medicis, sed & juris interpretibus contentio. Vid. Arist. *Lib.* 7. *Histor. animal. C.* 4. Plin. *Lib.* 7. *C.* 5. Agell. 3. *Noct.* 16. Plutarch. *Lib.* 5. *de Plac. Philos. C.* 18. Fr. Valles. *de S. Philos. C.* 83. & 1. *Controv. Philos. & Medic.* 1. Andr. Laur. *Lib.* 8. *Histor. anatom. Q.* 29. & *seq.* Bodin. *in Theatro naturæ Lib.* 3. *p.* 391. Alciat. 3. *Parad.* 7. Duar. *de LL. C.* 4. & ad *L. Gallus* 29. *pr.* Tiraq. ad *L.* 8. *C. de revoc. don. v. susceperit liberos.* a *n.* 205. *usque ad n.* 211. Cujac. 4. *Sent. Paull.* 9. Bot. 9. *Obs.* 9. Menoch. *de Arb. Cas.* 89. Mar. Salomon. *in Paradox. ad L. Gallus fol.* 11. & *seq.* Goth. ad *d. Nov.* 39. Bas. 4. *Paradox.* 6. Ranchin. *de Succ. intest.* §. 8. *n.* 2. Beust. ad *L.* 3. *de Jurejur. n.* 36. Aug. Matthæus. *Lib.* 3. *Epist. legat. C.* 17. & alii. Superest tamen discrimen, ac inæqualis quandoque communi parenti fit successio, ratione bonorum. Non & regulæ Paternas paternis &c. in descendentibus locus, si adsint liberi diversorum matrimoniorum. Ex. gr. Titius ex prima uxore habet duos liberos, totidem ex secunda. Morienti succedunt omnes, sed ita, ut quæ a priore uxore lucroso titulo ad Titium pervenere liberi prioris matrimonii præcipiant *L. hac edictali* 6. §. 1. *C. de sec. nupt.* Pone: Superstes uxor secunda Titii nubit Cajo Liberi ex Titio cum liberis ex Cajo mortuo succedunt, ut tamen illi præcipuum habeant, quicquid mater a suo patre Titio consecuta. & hi ibidem quicquid a suo patre Cajo, si forte is prior obiit. Vid. *L.* 3. & *seqq. C. de sec. nupt.* Forst. *Lib.* 4. *C.* 16. Ranchin. §. 14. Nec facta ut unio prolium, sive cooptatio, ac conjunctio liberorum ex diversis matrimoniis, generali Germaniæ usu recepta. Gail. 1. *Obs.* 36. *n.* 6. & 2. *Obs.* 125. *vid.* P. Gilk. *de Præscrip. Pr.* 3. *C.* 3. *n.* 64. & *seqq.* Bart. Musculus *de Success. convent. Class.* 1. *Membr.* 3. Jure Saxonum filiæ prærogativam habent in utensilibus. Ut litis proced. etiam filii quandoque in rebus expeditoriis, de quo vid. *Diff. I. Civ. & Sax. P.* 3. *Diff.* 3. *n.* 10. & *seqq.* Coler. *Decis.* 603. Denique liberi monstrosi non succedunt, quia nec sunt liberi, *L.* 14. *de sta. hom.* vid. Menoc. *Arb. C.* 491. *n.* 25. & *seqq.* Jure autem Saxonum nec imperfecti partus vel ad feuda vel hereditates admittuntur, ut pumiliones & qui diminutis ac mutilatis membris nascuntur, Landr. *Lib.* 1. *Art.* 4. Reinh. *P.* 1. *Diff.* 47. Zobel. *P.* 3. *Diff.* 24. Dauth. *de Testam. n.* 307. & *seqq.* item Hermaphroditi (pueri duplicis & ambigui sexus ac bimembres, ut vocat Juvenal. *Sat.* 13) *dd. locis.* Secus Jure Civ. *L.* 10. *de sta. hom.* tametsi veteres eos, quandocunque repertos, ceu pro monstris habitos, ominis avertandi causa, in mare projecerint, ut Livius ploties: vid. Marcer. *in Conciliatore p. m.* 735. Marc. Freher. 2. *Parer.* 26. Item leprosi *d. Art.* 4. Coler. *Decis.* 71. Sunt & quibusdam ex caussis liberi successionis incapaces, de quibus vid. Ranchin. §. 7. & §. 16. Forst. *Lib.* 4. *C.* 23. Cujusmodi & hæretici quidem, quæ petenda ex *tit. C. de hæret.*

Digitized by Google

conditio tantum olim prohiberet. Nam interdum gradus prohibet, de quo mox.

IV. De duobus generibus liberorum etiamnum hic dubitatur, quorum de altero non satis hic expressum est; alterum etiam magna ex parte est omissum. Prius est adoptivorum, sive in his agatur de successione naturalis parentis, qui filium in adoptionem dedit; sive de successione parentis adoptivi. Alterum spuriorum, id est eorum, qui extra justum matrimonium nati sunt, nec sunt legitimi. *L. vulgo. L. de stat. hom.*

V. De adoptivorum successione legitima [4] in utriusque parentis, naturalis, & adoptivi hereditate, jus constitutum est diligenter a Justiniano in *L. cum in adoptivis, pen. C. de adopt.* cui cum in constitutione Novella nihil caveatur contrarii, nempe id etiamnunc servandum esse intelligimus.

VI. De spuriis sic jus est. Interest, utrum nati sint ex ea muliere, cum qua potuit esse connubium: an vero nati ex incestis & interdictis nuptiis. Si ex ea, cum qua licitum connubium fuit; [5] ad matris hereditatem admittuntur non secus, quam si essent legitimi. *§. novissime. Inst. de Sen. Orph.* Sunt enim non minus liberi matris: mater autem semper certa.

VII. Et quidem ita admittuntur, ut placeat admitti cum legitimis defunctæ liberis, nisi [6] mater fuerit illustris. *L. pen. C. ad sen. Orph.* In quo, quod jure vetere vocantur spurii ad successionem matris ideo, quia liberi: aperte id jus hac constitutione confirmatur. Quod autem placuit eos non succedere cum legitimis liberis, si mater fuerit illustris, exceptio est a regula, quæ regula initio §. 1. Novellæ constitutionis statuitur: sed quæ ea constitutione non mutatur tamen. In toto enim jure generi per speciem derogatur. *L. in toto jure. D. de reg. jur.*

VIII. At non succedunt spurii [7] patri naturali ab intestato, etiam si quis opinione hominum habitus sit pater, atque adeo ipse se patrem agnoverit, ac pro patre gesserit: si modo ex concubina ejus nati non sint. *auth. licet. C. de nat. lib.* Et merito. Idque etiam maxime ex sententia Novellæ constitutionis, quoniam extra matrimonium pater non est. Mater enim natura semper certa. Pater, qui alioqui natura facile certus esse non potest, is solus, quem nuptiæ demonstrant. *L. quia. D. de in jus voc.* Unde qui extra matrimonium nati sunt, dicuntur vulgo concepti. *d. L. vulgo. D. de stat. hom. d. L. quia.* Hoc tamen ita, ut dixi: nisi spurii [8] nati sint ex concubina, quæ sola fuerit defuncto indubitato affectu conjuncta. Tunc enim placet, si naturali patri nulli sint legitimi liberi, nec supersit conjux legitima, natos ex concubina succedere defuncto; sed in duas uncias dumtaxat, unde ipsi alantur. *d. auth. licet. C. de nat. lib.*

IX. Ubi quod placuit, si defuncto supersit conjux legitima, filios naturales etiam ex concubina natos in totum removeri: mirum videri potest. Non enim profecto ideo placet, quod ipsa non exstantibus liberis marito succedat. Præferuntur enim uxori cognati defuncti omnes *L. unica, C. unde vir & ux.* Cur igitur? Puto ideo, ut parceretur pudori honestæ & legitimæ uxoris, sive ut occurreretur justo dolori ejus, quam verisimile est juste offensum iri; si quos videat se viva in numero & jure liberorum defuncti haberi aliunde susceptos, quam ex honesto & legitimo matrimonio, quale ipsius fuit cum defuncto. Id autem futurum est, si, ipsa superstite, naturales isti nulla ex parte defuncto succedant.

X. Quod si qui ex incestis & interdictis nuptiis nati sint. Placet eos ne [9] matri

4) Vid. Tiraq. *de Jure primig. Q.* 84. Ranchio. §. 6. Forst. *Lib.* 1. *C.* 10. *n.* 14. *& seq.* ac plenius *Lib.* 5. *C.* 2. 3. *&* 4. Schneidw. *l. h. t. Cap. de Success. adopt.* Borch. *de Grad. p.* 192. *& seqq.* P. Greg. 45. *Synt.* 5. Quoad hoc vero discrimen suitatis & emancipationis non est sublatum, Schneidw. *d. lo. n.* 7. §. 4. *n.* 5. Forst. *Lib.* 4. *C.* 3. *n.* 4. *&* 5. Sed nec eo statuto filios vocanti adoptivos venire, nec in jure primogeniturae, nec excludere fœminas &c. Tiraq. *Q* 84. *n.* 7. Ac in Francia generaliter non succedere. Idem *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 8. *n.* 16. *& Tr.* Le mort saisit le vif, *P.* 2. *Decl.* 14. *n.* 2.

5) §. *Vulgo* 4. *I. de suc. cog. L.* 2. §. 2. *ad SC. Tert. L.* 2. *L.* 8. *Unde cog.* Forst. *Lib.* 6. *Ca.* 11. *& C.* 48. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 42. Confer. *not. supra Lib.* 6. *C.* 17. *N.* 16.

6) Si autem justi liberi non exstent: etiam illustri argumento a contrario sensu ex *d. L.* 5. Forst. *d. C.* 48. *n.* 5.

7) §. 4. *I. de success. cogn.* P. Greg. 45. *Synt.* 6. Quod & juri divino convenit *Gen.* 21. *v.* 10. *& seqq. ad Galat.* 4. *v.* 22. Unde Forst. *Lib.* 6. *C.* 34. *n.* 47. *& seqq.* nec leges municipales, quæ spuriis successionem patrum deferunt, valere arguit, cum pugnent cum jure divino, ratione, ac honestate; libidinibus fenestram aperiant; ac legitimis hereditatem debitam indigne eripiant.

8) *Nov.* 89. *C.* 12. Sed patri tantum, non etiam avo paterno *L. ult. C. de nat. lib.* Vid. de successionibus naturalium, Cujac. *in Nov.* 18. Gomez. *ad L. Taurin.* 9. *& seqq.* Vasq. 3. *Ill. Controv.* 102. *n.* 15. Scheidw. *Inst. h. t. Cap. de Success. natural.* Forst. *Lib.* 6. *C.* 10. *& seq.* A. Fab. *c. Jurisp.* 9. *Princ.* 2. *Ill.* 1. Goth. *ad Nov.* 89. *Cap. ult.* Borch. *de grad. pag.* 190. *& seq.* Jure Sax. videntur nec matri succedere posse per *Lib.* 1. *Landr. Art.* 38. *& Art.* 51. Sed rigor ille temperatur ut accipiatur de natis ex damnato coitu, Scheidw. *d. loc. n.* 20. Sed si legitimati fuerint naturales, succedunt, de quo vid. §. 2. *vers. quibus connumerari I. h. tit. Nov.* 89. *C.* 1. *& seqq.* Forst. *Lib.* 6. *C.* 18. *& seqq. & C.* 38. *& C.* 45. Cujac. *cons.* 52. Borch. *de Grad. pag.* 195. *& seqq.* P. Greg. 45. *Synt.* 7.

9) *L.* 8. *& auth. ex complexu C. de incest. nupt.* ut nec alimenta eis tribui LL. civiles velint, *d. Auth. ex complexu Nov.* 89. *C. ult.* Secus Jure Canonico, de quo alibi, vid. Ranchin. §. 7. *n.* 18. Forst. *Lib.* 6. *C.* 50.

Digitized by Google

tri quidem succedere. *d. auth. licet, in fin. C. de nat. lib.* Idque nec repugnante Novella constitutione, quasi silicet nec ea mater fuerit, quam jus publicum pro matre repudiat. §. *si adversus. Inst. de nupt.*

XI. Secundo loco de liberis quæritur, an, ut omnes sine discrimine conditionis ad hereditatem legitimam parentis vocantur: ita admittantur simul omnes liberorum gradûs, puta filii, nepotes, pronepotes, & deinceps reliqui. Et nihil aperte de hac re definitum est in *d.* §. 1. *Nov. constit.* sed scriptum est in eo id, ex quo hujus rei definitio attendenti satis intelligatur. Scriptum est enim in vers. *sic tamen.* Si quem horum descendentium filiis relictis mori contigerit: [10] illius filios aut filias, aut alios descendentes in sui parentis locum succedere. Quo significatur, si parens liberorum vivat, placere huic juri locum non esse. *argum. in L. 1. vers. hujus. D. de off. ejus cui mand. est jurisd. L. si procuratorem.* §. *igitur. juncto* §. *præcedenti. D. mand.* Hinc pluribus gradibus liberorum defuncto parenti relictis, puta filiis, & nepotibus, sit hæc de his simul admittendis aut non admittendis distinctio: ut si quidem pater nepotum mortuus est; tum nepotes admittantur, sive [11] sint soli proximi avo, si relicti cum alio filio defuncti, eidemque patruo eorum, quamquam gradu priore: ut sic duo gradus dispares simul admittantur. Nam & eorum nepotum pater idemque filius defuncti, si viveret, succederet una cum altero filio fratre suo communi patri. Nunc autem nepotum patre mortuo, placet mortuo, placet nepotes in locum ejus succedere. Quo fit, ut quasi nepotes eumdem gradum cum altero filio obtineant: ita nihil his prior gradus obstet, quominus ad eamdem hereditatem una recte vocentur. Sin horum nepotum pater, idemque defuncti filius vivit; tum solus hic admittatur, exclusis nepotibus ex eo natis: ut semper [12] vivus filius obstet nepotibus ex se natis in successione avi, scilicet quia ex supra scriptis verbis constitutionis non possint succedere nepotes avo: nisi prius in proprii parentis locum successerint. Quod illi vivente patre facere non possunt.

XII. Et hoc quidem admittunt omnes, si filius ipse, idemque nepotum pater, sit in potestate patris sui, ejusdemque nepotum avi: aut sit ipse quidem emancipatus, sed & nepotes quoque emancipati; aut ii qui nunquam in potestate avi fuerint, puta ex emancipato filio concepti. At quid, si filius emancipatus fuerit a patre, nepotes ex eo retenti in potestate? An idem dicemus ex hac constitutione; an vero potius manebit etiam nunc in hac specie vetus edictum prætoris, quo conjungebantur cum emancipato liberi ejus, qui in potestate avi mansissent? *L. 1. D. de conjung. cum em. lib. ejus.* Perspicuum vero est ex hac constitutione idem hic in emancipato admittendum esse, quod in filio suo herede, ut & emancipatus iste filiis suis præferatur, & in solidum succedat patri, postquam hac constitutione nihil interest ad jus successionis, utrum filius

10) Atque hoc est, jus quod vocatur repræsentationis quod a Ranchino §. 3. n. 8. definitur: Successio liberorum posterioris gradus in mortuorum locum pertinuemque, ita tamen ut plures habeantur pro uno. Forst. *Lib.* 4. *C.* 19. *n.* 3. successionis jus quo liberi ulteriores gradu cum proximioribus in hæreditate avi vel patrui, patris locum ingredientes, in stirpes succedunt. Atque hoc institutum esse jure divino probat Tiraq. *de l. primigen.* *Q.* 40. *n.* 23. & Forst. *d. C.* 19. *n.* 4. & *C.* 14. n. 4. Nam & Lothum ad successionem avi cum patruis admissum apparet, ex *Gen. C.* 11. *in fin.* & *C.* 12. Et jure gentium receptum. Vasq. *Lib.* 3. *de Success. creat.* §. 27. *Lim.* 31. *n.* 18. Forst. *d.* C. 19. *n.* 5. ac in successione statutaria eidem locus Forst. *d.* C. 14. *n.* 16. & C. 24. *n.* 10. Cujus juris quatuor rationes adducit idem *d. C.* 14. *n.* 5. & *seqq.* A. Fab. 55. *Error Pragm.* 1. hoc jus esse ex lege 12. tabb. quæ *suum* nominat. Et quod nepos in *suitate* succedit, subintrans patris locum id quoque fieri vi *suitatis.* Quia enim filius vivo patre dominus, nihil ei deest præter administrationem *L.* 11. *de lib. & postum.* si moritur, transmittit in filium suum quasi jam sibi quæsitum.

11) Consideratione enim stirpium civili, filii nepotibus non sunt proximiores: nec mortuus censetur filiusfamilias ille, cujus supersunt filii, qui stirpis consideratione eamdem quam pater retinuerunt, personam in avita successione induisse finguntur Ræverd. *ad LL.* 12. *tabb. C.* 29. Forst. *Lib.* 4. *C.* 4. *n.* 5. & *seqq.* Tiraquel. *de Jure primigen. Q.* 40. *n.* 32. & *seq.* A. Fab. 55. *Error. Pragm.* 1. Nepos ex prædefuncto æque *suus*, quia æque in potestate, & licet sit ulteriore gradu agnatus, non tamen & *suus*, quia suitatis gradus nulli. Olim autem per fœminas descendentes & nati ex filia, etiam masculi, non succedebant avo, nec repræsentationis jure fruebantur §. *item vetustas* 15. *I. h. t.* Non enim succedere poterant in locum matris, tametsi illa *sua* heres esset, quia familiam non avi materni, sed patris sequuntur, nec idem pluribus *suus* heres esse potest, A. Fab. *d. Error.* 1. Quod quomodo correctum vid. idem *Err. seq.* Ranchin §. 9. Forst. *Lib.* 4. *C.* 12. *n.* 7. & 8. Post mortem etiam avi conceptum nepotem leges ad successionem non vocant, §. & *licet* 8. *I. h. t. L. Titius* 6. ubi species ponitur, de suis & legit. *L.* 1. §. 8. *Unde cogn. L.* 6. *in fin. pr. de injust. rup.* Ranchin. §. 3. *n.* 4. & §. 8. n. 2. ubi, unde cognoscatur an tempore mortis sit in utero. Forst. *Lib.* 4. *C.* 23. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 82. & *seq.* Alc. *in L.* 195. *de V. S. n.* 17. Quod tamen declarat ut non admittatur ex propria quidem persona, sed ex parentis admittatur, jure transmissionis vel repræsentationis, quia certe ex eo non minus sanguinem suum trahit, Forst. *d. C.* 23. *n.* 7. Tiraq. *d. lo. n.* 93. Quæ opinio benignior est, sed verbis superiorum *dd. LL.* non convenit. Nam controvertitur quoque, an qui repræsentationis jure veniant, ex persona propria, an patris succedant, de quo Forst. *Lib.* 4. C. 28. utriusque sententiæ auctores rationesque referens. Jure autem novo, quo non suitatis, sed sanguinis spectatur admitti potest.

12) Consentiunt *DD.* communiter Ranch. §. 4. *n.* 3. Wes. *in Par. de conjug. cum empl. lib.* Vult. *in pr. I. h. t. n.* 34. A. Fab. 29. *Err. Pragm.* 10. *p.* 918. Dissent. Cujac. *in Nov.* 118.

filius sit sui juris, au in potestate. Qnod bis in *d.* §. 1. traditur, in principio nimirum, & in fine. Itaque ut hoc recte admissnm est ab Accursin ibidem ad verbum potestatis; ita & illud recte scriptum, quod & cæteri non iuepti interpretes sequuntur, sublatum esse bac parte titulum illnm *D. de conjung. cum em. lib. ejus.*

XIII. Tertio loco quæritur, an ut omnes liheri sine discrimine conditionis, sæpa etism diversi liberorum gradus admittuntur: ita admittsutur soli liberi, exclusis umnibua uon solum cognatis, sed etiam parentibus. Et placet, ut admittuntur omnes, sie admitti solos exclusis etiam parentibus, iisque proximis, & eodem gradu diatantibus, idest primo, ut patre & matre. Neque huc jua novum est, sed vetns, & [13] naturalem rationem habet, quæ tanquam lex quædam tacita putstur liberis addicere parentum hereditatem, velut ad debitam successionem eos vucando, nt est in *L. ult. in pr. D. de bon. damn.*. nun item parentes vocare, liberis defuncto extantibus, propter commune parentum [14] vutum, & naturalem erga liberos caritatem. Quæ Papiniani ratio est in *L. nam etsi. D. de inof. test. L. scripto. §. ult. D. unde liberi.*

XIV. Illud cuntra jus vetus, quod hic adjicitur; & tamen prioribus constitutionibus quibusdam tum Leonis, tum Justiniani jam ante induetum, puta *L. quæcumque. C. de bon. quæ lib. L. ult. C. com. de succ.* Ut quanvis defunctus fuerit in potestate patris aut avi, quem superstitem filius relinquit: tamen ejus liberi, cujuscumque sint sexus aut gradns, parenti defuncti præferantur in umnibus bonis, quæ ex constitutiouibus patri non acquiruntur, Jure vetere sliter, quo placebat, [15] si filiusfamilias etiam miles intestatus decessisset, hunc heredem non hsbere: sed buna ejus nun quasi hereditatem, sed quasi peculium patri deferri. *L. 2. D. de castr. pec.* Qund si valuit in peculio castrensi: licet hinc intelligere, in reliquis peculiis filiifamilias, etiam quæ patri uon acquirerentur, multu magis idem jus valuisse, puta quasi castrensibus, & adventitiis, utpote in quibus filiusfamilias aut minus juris habuit, aut certe non eodem privilegio personæ cæpit obtinere. Quo jure qui intestatus filiusfamilias heredem non habuit, patrem, cujus fuit in potestate, peculii occupaturem habuit. Nunc ex hac constitutione, & superioribus, in his omuibus, quæ vivo filio patri non acquiruntur, intestatus eosdem habet heredes, quos habiturus esset, si fuisset sui juris. Uude & liberi ejus illi succedunt, & patri defuncti præferuntur.

XV. Quæ peculia filiifamilias patri non acquiruntur, constat hæc esse, castrense, quasi castrense, adventicium. 1. §. *Inst. per quas pers. nob. acq. L. 1. §. nec castrense. D. de coll. bon. L. ult. C. de inoffic. testam.* Sed adventicium hactenus, ut pruprietas sit filii, usus fructus patris. *d. §. 1. per quas per. L. cum oportet. C. de bo. quæ lib.* Ergo iu castrense & quasi castrense peculium pleno jure liberi defuncti filiifamliss succedent: iu adventicium, ad proprietatem dumtaxat, usufructu salvu manente defuncti patri, quem & prius vivo filio hsbuit, ut significatur in hac cunstitutione. Quod non singulari sliquo jure constituitur in hac caussa, sed ex communi ususfructus jure respondetur, quo placet usumfructum non domini proprietatis, sed solum fructusrii morte finiri, *L. 3. C. de usufr.*

XVI. Nun est in hoc numero peculium profecticium filiifamilias. Id non filii ulla ex parte, sed totum est patris. *d. §. 1. per quas person. d. L. cum oportet. C. de bon quæ lib.* Proinde nihil hinc filius ad liberos suos transferet. Non enim potest transferre ut suum, quia ejus uon est, non ut alienum, quia plus juris uemu transferre potest, quam habuit; *L. nemo plus. D. de reg. jur.* non etiam ut hereditatem, quia nihil smplius est in hereditate cujusque, quam quod defunctus habuit. *L. hereditas. D. de reg. jur.*

XVII. Excipienda est dos filiæ profecticia. Hæç proprium est patrimonium filiæ,

13) Quia hoc parentum στοργῇ convenit, ut quos in hanc lucem, multis miseriis expositos, procrearunt, præsidio bonorum munitos relinquant. *L. 50. §. 2. in fin. de bon. lib.* cum & pars corporis paterni sint *L. 11. C. de agric.* personam patris referant, ac per eos memoria conservetur *L. 22. in fi. de V. S.* Forst. *Lib. 4.* C. 12. n. 9. & 10. Gomez. 1 *Res.* 1. n. 4. P. Greg. 45. *Synt.* 1. n. 12. & 2. *seqq.* Unde parentibus solemne optare liberos suos sibi superstites, Cic. 2. *de Nat. Deor.* Contra nefas habitum liberis precari parentes superstites, scite Jan. Gruter. *Lib. 4. Suspicion.* C. 1.

14) Successio parentum & liberorum inter se debita potius, quam lucrativa. Et dicitur his conjunctis personis debitum naturale persolvi *L. un. C. de impon. lucrat. descr. Lib. 10. Tit. 35.* P. Fab. *ad L. 82. de R. I. in fin.* Unde et ex lege vel statuto de lucrose acquisitis aliquid præstandum sit, extranei tantum heredes obligati, non sui, Forst. *Lib.* 2. C. 18. *n.* 19. & 20.

15) *L. pen. C. de castr. pecul. mil. Lib. 12. Tit. 37. L. ultim. pr. D. ad SC. Tert.* Discrimen hoc: Nulla erat opus patri aditione, ad heredem statim hæc bona transmitti poterant; furiosus etiam retinebat, qui jure hereditario habere non potuisset. Et creditores non habebant obligatum patrem nisi ad vires peculii, Ranchin. §. 11. *n.* 5. *Scip. Gentil. de bon. matern.* C. 4.

liæ, quanvis filia sit in potestate. *L.* 3. §. *ergo etiam. D. de min. L. Pomponius Philadelpus. D. famil. erciscun.* Quamobrem ax hac constitutione etiam ad liberos dafunctæ pertinebit, non redibit ad patrem: idque atiam olim jus fuit. *L. post dotem. D. sol. matrim.*

XVIII. Interdum támen, quod supra attigimus in successione viri & uxoris, & ad utrumque locum pertinet, etiam cum liberis dafuncti admittitur pater aut mater. Quod duobus casibus inductum est constitutionibus. Uuus est, si conjux defunctus locuples fuit, superstes inops. Hic placuit uxorem succedere marito cum liberis mariti: maritum uxori cum libaris ejus, sive liberi amborum communes sint, sive alterius matrimonii, in quartam partem ususfructus bonorum, si tres sunt liberi, vel pauciores: si plures, in virilem. *auth. præterea. C. unde vir & ux.* Alter casus est, si matre viva pater filios emanciparit, deinde post mater decesserit. Quo casu placuit patrem inter liberos communes emancipatos vocari in virilem partem ususfructus. *L.* 3. *C. de bon. matern.* Quorum posterius jam olim constitutum erat a Theodosio: prius a Justiniano quidem, & Novellis constitutionibus, sed his tempore prioribus. Neque ideo tamen quisquam putet mutari hac constitutione, ut posteriore: quanvis constitutio hæc sit, ut liberi defuncti omnibus ejus parentibus præferantur. Generalis enim hæc coustitutio est, jus vetus & ipsa continens. §. 1. §. *emancipati. Inst. de her. quæ ab int. def. L. ult. D. de bon. damnat.* Superiora duo hujus juris axceptiones sunt, quas jure singulari, propria ratione humanitatis caussa constitutas esse apparet. In toto jura generi per speciem derogatur, & id potissimum habetur, quod ad speciem directum est. *L. in toto jure. D. de reg. jur.* Sed & quod dicitur, posteriores leges trahi ad priores, nisi sint contrariæ, *L. sed & posteriores, D. de legib.* hoc ipsum declarat. Significat enim priores leges inesse videri posterioribus *L. ideo quia. D. de legib.* Ut intelligamus quæ prioribus legibus in specie aliqua generis temperata aut excepta sunt, eadem quoque & postarioribus generalibus excepta videri.

XIX Ad extremum quæritur, cum liberi plures succedent, sive unius gradus erunt, sive plurium, & eorum disparium, quibus ex partibus dividatur inter eos hereditas. Placet inter eos, [16] qui sunt ejusdem gradus & stirpis dividi in capita, inter eos autem, qui [17] vocantur ex diversis gradibus, aut in eodem gradu ex diversis stirpibus, dividi in stirpes. Quod indicatur in *d.* §. 1. hujus Novellæ, declaratur exemplis in §. *cum filius. Inst. de hered. quæ ab. int. def.* Succedere autem plures in capita dicimus, cum quot sunt capita, tot inter eos fiunt partes, idest viriles & æquales; seu ut hoc explicatur in §. *si vero neque ead. Novel. de rer. ab. int. ven.* cum pro numero personarum inter eos hereditas dividitur. In stirpes autem, cum non pro numero personarum, sed stirpium, unde hi qui vocantur, originem ducunt, fit divisio; ut qui sunt ex una stirpa, unam partem ferant: qui ax altera, alteram: etiam si ex una stirpe sit unus tantum; ex altera sex aut plures. Id rursum sic declaratur in §. 1. *ejusdem Novel. versic. tamen. & d.* §. *cum filius. Inst. de her. quæ ab. int. def.* Hoc ergo dicimus; si plures sint filii, omnes succedunt in capita, idest, pro æquis partibus, ut ipsi inter se & gradu & stirpe sunt pares. Idem sarvatur & inter plures nepotes, qui sunt ex eodem patre, cum de portione legitima inter eos dividenda agitur. *L. Papinianus* §. *quoniam, in fin. D. de inoffic. test.*

XX. At si sit defuncto filius, & ex altero filio tres aut quatuor nepotes: sic admittuntur una omnes, ut si conferantur inter se gradus, nepotes cum altero filio eodemque patruo suo succedant in stirpes, id est ita, ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ax altero filio nepotes alteram dimidiam. *d.* §. *cum filius de her. quæ ab int.* Quin etiam etsi [18], qui vocautur liberi, sint ejusdem gradus, si ta–

16) Uti vocantur in *L.* 23 *de bon. lib. L.* 13. §. 1. *contr. tab. L.* 5. §. 7. *L.* 8 *pr. de leg. præstand. L.* 67. §. 4. *de leg.* 2. *L.* 2. *C. de suis & legit. ac simil.* Forst. *Lib.* 3. C. 34. n. 4.

17) Sic vocatur successio hæc, quia ut ex stirpe diffusi plures rami ad eumdem se referunt, ita cognationes ex stirpe progrediuntur & generantur. Ac sicuti stirps primo in majores ramos dispescitur ac protenditur, qui deinde in minores disperguntur, ita cognationes initio pauciores ramos sortitæ, post singuli in plures minores diffunduntur. Itaque fit in successione ut unus ramus crassior, tantum quantum alter, qui in plures minutiores abiit, accipiat, Forst *Lib.* 3. C. 34 n. 3.

18) *L.* 2. §. 1. *de suis & legit.* Ulp. *tit.* 26. §. 2. & per *L. nemo plus* 54 *de Reg. Jur.* & ne aliae patruis vel amitis, quibus cum succedunt, fiat injuria, Rauchin. §. 2. n. 6. & 7. §. 9. n. 2. vid. Forst. *Lib.* 4. C. 14. Convenit Jus Sax. *Lib.* 1. *Art.* 5. *princ.* Schneid. *Instit. h. tit.* C. *de succes. lib. nat. & legit.* n. 12. Coler. *Decis.* 47. n. 8. & 9. Idem est in pronepotibus §. 6. & §. *ultim. I. h. t. & simil.* Sed an in ulterioribus quoque repræsentationi locus? Negant quidem, maxime per *d.* §. 6. ex quorum sententia abnepotes, si soli ex diversis liberis adessent, in capita succederent, sin cum aliquo defunctum propius contingente concurrerent, ab eo excluderentur. Sed affirmatio verior ac æquior, majoreque approbatione docentium

si tamen diversarum stirpium sint: vocantur & ipsi inter se in stirpes. Quod accidit in duorum filiorum demortuorum filiis, avi nepotibus ad hereditatem ejus avi vocatis. Sunt hi ejusdem gradus omnes. Quasi tamen successissent in locum filiorum patrum suorum, ita eorum personam & stirpem hic referunt, succeduntque in stirpes: id est ita, ut quotquot sunt ex uno, tantum accipiant, quantum ipsorum pater, id est stirps sua acceptura esset, si viveret; nihil amplius. Proinde ad unum aut duos, qui sunt ex uno filio, pars dimidia pertineat: ad tres aut quatuor, qui sunt ex altero filio, altera dimidia. *d. §. cum filius, in fin. de her. quæ ab int. d. L. Papinianus, §. quoniam D. de inof. test.*

tium & judicantium obtinuit: teste Forst. *Lib.* 4. *C.* 11. *n.* 6. Et probatur §. *ult. I. h. t.* verbis *& alias deinceps personas.* Quibus similia verba *in L.* 1. §. 8. *de suis & leg. L. ultim. C. eod. Novell.* 118. *C.* 1. ibi *aut alios descendentes L.* 6. § 1 *de he.. inst.* ubi deinceps cæteri dicuntur redigi ad filiorum conditionem *L.* 4. *in fin. & L.* 5. *de his qui sui.* Et Arg. *L. un. C. de his qui ante apert. tab.* ibi *cujuscunque gradus.* Si transmissioni locus in infinitum, quæ difficilius inducitur, magis repræsentationi. Et quia in linea collaterali tantum est coarctata ad tertium gradum. Alia ratio est lineæ rectæ, ubi quantumcunque remoti, traxerunt tamen sanguinem suum ab eo, de cujus successione agitur. Et par affectio censetur defuncti erga liberos cujuscunque gradus, *L.* 220. *de V. S.* Non obst. *d.* §. 6. quia exempla non restringunt regulam, sed loquuntur de casibus crebrioribus. Et non reperitur exemplum abnepotis in jure in hac materia, quia perraro contingit ut hujusmodi sit conceptus vivo eo de cujus successione agitur, Gomez. 1. *Resol.* 1. *n.* 15. Forst. *d. C.* 11. *n.* 6. *& C.* 22. *n.* 12. Ranchin. §. 3. *n.* 8. Mynš. *in* §. 6 *I. h. t. n.* 6. Schneid. *I. h. t. C. de succ. fil. nat. & legit n.* 17. *& n.* 21. *ac seq.* (qui & *n.* 23. idem obtinere jure Sax. quibusdam nequicquam, per *Art.* 17. *Lib.* 1. renitentibus) *& Cap. de* 3. *ord. succ. n.* 12. Borbo. *de Grad. p.* 186. Arumæ. *ex Justin.* 11. *Th.* 5. Nova est, opinor, distinctio, Vultaii *in pr. Inst. h. t. n.* 33. quod si ulteriores cum filiis primi gradus concurrant, ab iis excludantur; sin cum nepotibus, cum illis in stirpes admittantur, sed quæ nec LL. nec æquitati convenit.

CAP. III.

De legitima parentum successione.

Ordo parentum secundus in successione cognatorum, & quare post liberos vocentur ad successionem parentes. I.

Duo hic statuit Justinianus diversa, duo affinia successioni Liberorum. II.

Parentes omnes similiter liberi, succedunt sine discrimine sexus aut stirpis. III.

Et e diversa stirpe venientes succedunt itidem in stirpes & non in capita. IV.

Contra ac liberi, in dispari gradu parentes proximi excludunt ubique remotiores. Quæ hujus differentiæ ratio. V.

Nec soli parentes, sed cum his fratres & sorores ex utroque parente vocantur ad hereditatem liberorum æquis partibus & pleno jure. VI.

Immo cum parentibus & fratribus filii germanorum *fratrum demortuorum ex novella altera constitutione concurrunt in stirpes. Ex uno latere conjuncti fratres a parentibus excluduntur.* VII.

I. SI nulli liberi defuncto erunt ı secundo loco vocantur ad hereditatem parentes §. *consequens, ead. Novel.* Liberis quidem parentum debetur hereditas naturæ quadam velut tacita lege, propter hujus simul & parentum commune votum: non item parentibus hereditas filiorum, ut supra diximus. *d. L. ult. D. de bon. damn. L. scripto §. ult. D. unde lib.* Sed tamen turbato ordine mortalitatis, ut ejusdem Papiniani sententia est, etiam parentes ad bona liberorum & pietas & ratio miserationis admittit. *L. nam etsi. D. de inoffic. testamen. d. L. scripto. §. ult. unde lib.*

II. Quid autem hic constituat Justinianus, observandum est. Et in summa quatuor constituit ad quæstiones supra in successione liberorum expositas pertinentia, in quibus duo sunt similia cum successione liberorum; duo discrepant.

III. Primum hoc simile, quod ut liberi vo–

ı) Merito hic ordo secundus, quia parentes post Deum nobis vitæ auctores, nec iis sat digne possunt rependi gratiæ. Parentibus infinitæ curæ & onera in educatione liberorum. Hereditas est honor *L.* 26. *Si quis om. c.* cum amor paternus omnes vincat, qui plus diligit magis remunerandus. Maximus mœror ex obitu liberorum hoc solatium leve exposcit, Cic. *pro Quintio.* Successiones mutuas esse convenit, per *L.* 4. *de vulg.* Et correlativorum eadem natura. Hæc & alia Forst. *Lib.* 7. *C.* 1. & P. Greg. 45. *Synt.* 10. *n.* 1. 2. 3.

ri vocantur omnes sine discrimine conditionis: ita et parentes[a] hoc ipso, qui parentes sunt, sive sint masculi, sive fœminæ; & sive[3] per patrem conjungantur, sive per matrem. Ita simul vocantur pater & mater: cum ex[4] senatusconsulto Tertylliano præferretur matri pater manumissor. *L. 2. §. objicitur. D. ad Tertyll. L. 2. C. eod. §. præferuntur. Inst. de sen. Tertyll.* Similiter, patre & matre mortuis, admittuntur pariter avus paternus & avia paterna: item avus maternus, & avia materna.

IV. Alterum & illud simile de partibus hereditatis inter plures parentes servandis, ut sicut in liberis, ita & hic, ubi parentes[5] ex diversis stirpibus plures vocantur, succedant non in capita, sed in stirpes. Id quod in patre & matre simul succedentibus minus apparet, quoniam etsi hic duæ stirpes sunt, & vere succedunt pro numero stirpis: tamen simul recte dicuntur succedere in capita, quia tot sunt capita, quot stirpes. Sed, patre ac matre mortuis, intelligitur, id quam vim habeat in parentibus superioris gradus. Nam si proponas, defuncto a matre esse avum maternum: a patre esse avum paternum, & aviam paternam: sic isti admittentur omnes, ut unus avus maternus tantum ferat, quantum reliqui duo, id est dimidium, duobus istis velut in unam stirpem redactis, dum personam filii sui referunt, cujus & in locum velut succedunt. *d. §. consequens. vers. si autem eumdem.* Idque ita constituitur, quasi ut in descendentibus stirps prima est in filiis, a quibus origo & progressus est ad nepotes: sic in ascen-

a) Quæ antiquo jure & ante *SC. Tertyll.* non succedebat, de quo & quoties hic jus variaverit, vid. Ranchin. §. 12. (qui capita SCti illius refert.) & P. Greg. 45. *Synt.* 9. n. 3. *& seqq.* Casus tamen supersunt, quibus mater successione privatur, jure novo non correcti. Idque vel in totum (1) Si tutorem non petierit: *vid. supra Lib. 3. C.* 8. n. 18. (2) Si quæ tutrix ipsa, secundo nupserit, non petito alio tutore, redditisque rationibus. *L. 6. ad Tertyll.* (de quo Scip. Gentil. *Lib. de Sec. nupt. C.* 19.) Vel ex parte. (3) Si quæ secundo nupsit intra annum luctus ad evitandam infamiam, dederit liberis prioris matrimonii dimidiam facultatum. Nam tum, uno ex istis decedente, mater ratione portionis istius, quæ ex illo semisse ad eum pervenit, a reliquis filiis, fratribus defuncti, excluditur *L. 4. C. ad Tert.* (4) Generaliter quæ secundum maritum accepit, si concurrat cum fratribus defuncti, filiis suis ex priore matrimonio, quoad bona e patre profecta tantum, pro virili portione consequitur usumfructum, proprietate ad fratres defuncti perveniente. *L. 5. C. ad Tert. L. 3. §. 1. & Auth. ex testamento C. de sec. nupt.* vid Ranchin. *d.* §. 12. n. 11. Forst. *Lib. 7. C.* 9. n. 3. (qui & *C.* 10. hoc jus Canonicum non mutasse.) & Cujac. *in Novell.* 2. §. *Secundum caput & C. p. m.* 29. vid. & *in infra Lib.* 10. *C. 3. N.* 3. Casus, quibus uterque parens successione filii excluditur, pete ex P. Greg. 45. *Synt.* 10. *n.* 7. *& seq.* Jure Sax. pater matri præferri videtur in concursu, Landr. *Lib.* 1. *Art.* 17. Pasch. *Diff.* 24. Schneidvin. *I. h. t. C.* 2. *de ord. succed.* n. 20. Forst. *Lib. 7. C. 8. n.* 4. Quod tamen quidam interpretati sunt ut matrem non excludat, sed hereditatem accipiat tum suo tum uxoris nomine tanquam curator. Usu autem fori uterque parens admittitur, quod & placuit D. Augusto elect. *Novell. sua* 17. *p.* 3.

3) Sed quid si paterni & materni majores concurrant an fiet distinctio bonorum, ut quo ad bona aliunde profecta hereditas in duas æquas partes dividatur: In his vero, quæ a patre, vel linea paterna profecta, materna linea excluderer & vicissim, contentio est. Utriusque sententiæ auctores refert Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 13. *Gl.* 2. *n.* 9. Affirm. auctoritate Bart. *in L. 3. C. de bon. quæ lib. & ad Auth. itaque C. comm. de success.* refer. & probante Vult. *in pr. I. h. t.* n. 36. *per d. L. 3. C. de bon. quæ lib. L.* 13. *C. de leg. hered. L. 4. C. de sec. nupt. &* Borch. *de Grad. pag.* 029. *& seq.* quasi naturali rationi congrua, ut quæ a patre devoluta ad paterni, quæ a matre ad materni generis majores perveniant. Idque interpretum referente & reprobante Ranchin. §. 14. n. 8. extendunt, ut ad matrem reverti velint non solum a se profecta, sed etiam ab illis, qui sui sunt lateris: ex. gr. donata ab avunculo, matertera &c. Ex auctoritatibus forte hæc superior sententia. Ranchin. *d. loc. n.* 10. Sed adversa verior, Gomez. *in L. Taurina* 6. *n.* 7. *&* 8. Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. resol.* §. 13. *n.* 11. scribens in dubio eam tenendam opinionem quæ multas quæstiones dirimit, ac lites præcidit. Exacte Forst. *Lib. 7. C. 4. n.* 12. *& seqq.* cujus hæ sunt rationes. (1) In *Nov.* 118. *C.* 2. dicitur ex æquo dividi hereditas, id est universum jus defuncti, bona undecunque quæsita *L.* 24. *de V. S L.* 62. *de R. I.* (2) Distinctio hæc legibus ignota & generalis sermo omnes casus continet. *L. 1. §. 3. in fin. de aleat.* (3) Nec omisisset sine vitio Imperator in *d. C.* 2. omnem successionis materiam expositurus. (4) Bona semel quæsita cum aliis confusa unum patrimonium efficiunt. *L.* 10. §. 2. *de vulg. & simil.* (5) In delatione hereditatis non origo & causæ acquisitionis, sed persona acquirentis spectatur, nec bona amplius paterna aut materna dici possunt, sed ipsius qui acquisivit. (6) Proximus gradus remotiores non excluderet, si diversitas hic successionum, quam diversitas prioris gradus non mutaret. Ad *L. 3. C. de bon. quæ lib.* resp. ibi ascendentes ejusdem lineæ disparis gradus, pater & avus paternus: hic quæstio de diversa linea & pari gradu. Ad *L.* 13. *C. de leg. her. & L. 4. C. de sec. nupt.* resp. Forst. diversa ratio est ordinis transversalium, in quo regulæ, *Paterna paternis, materna maternis deferri*, causam dat votum parentum, qui bona sua ad liberos suos expetunt venire, vid. *not. C. seq. N.* 6. Hic autem successio non sit ex voto, sed pietatis intuitu, quæ ratio in omnibus parentibus æqualis. Jure Saxonum dictæ regulæ locum non esse expeditius, Coler. *Decis.* 47. *n.* 5.

4) Nec in alia quam manumisso successioni paternæ locus erat. Filiusfamilias enim jure veteri nec in castrensibus heredem legitimum habere poterat, vid. *not. C. præced. N.* 11. Forst. *Lib. 7. C.* 2. *n.* 4. *& seq.* Quod si non contracta fiducia emancipasset, ipse pater naturalis excludebatur a patre fiduciario Jure Civili: Jure autem prætorio decem personæ præferebantur fiduciario, & inter illos pater §. 3. vers. *tertio decem I. de bonor. poss.* Postea constitutum, ut pater naturalis semper manumissor censeatur *L. ultim. C. de Emanc.* vid. Ranchin. § 11. n. 5. Forst. *Lib. 7. C.* 2. n. 12. *& seqq* Hodie vero, si uterque parens superstes, ex æquo succedunt etiam filiofamilias in castrensibus, ut hereditario jure habeant, etiam pater, non peculii, Gomez. *ad L. Taurin.* 6. *n.* 2. *&* 3. & adventitiis, reservato tamen in his patri usufructu, Gomez. *d. loc. n.* 12. Vult. *pr. I. h. t. n.* 36. Spurii vero uti matri succedunt, non patri, ita vicissim illis sola mater *L. 4. Unde cog.* Et ut naturales patri in sextantem, ita in pari conditione pater illis in duas uncias, si videlicet nulli alii sint legitimi. *Nov.* 89. *C.* 13. Ranchin. §. 16. *n.* 5. Forst. *Lib.* 7. *C.* 17. Schneid. *Inst. h. t. C. de* 2. *ordin. succed.* n. 40. *& seq.* Incestuosi ut neutri parenti ita & neuter illis, Forst. post alios *Lib. 6. C.* 50. *n.* 10. *& seq.* Legitimatis vero succedunt, vid. Forst. *Lib. 7. C.* 19. item arrogatis, non vero adoptatis, quos in potestate non habent, Forst. *d. Lib. 7. C.* 18.

5) Nollem nostrum sic loqui. Nec enim in parentibus est jus repræsentationis, Ranchin. §. 3. *n.* 9. (qui & *n.* 11. aptius dici eos in genere quam in stirpes succedere) Forst. *Lib. 4. C. 4. n.* 23. *& seqq.* alias propior gradus ulteriorem non excluderet, quia diversa ratio est descendentium, ubi ordini naturæ conveniens superstites parentibus manere filios, ideoque in præmortuorum loca subrogari *L. liberorum* 220. *de V. S.* Schneidvin. *Inst. h. t. Cap. de* 2. *ord. succed n.* 21. quia contra naturam est patrem in filii locum substitui, & Gomez. *ad L. Taurin.* 6. *n.* 6.

ascendentibus prima stirps sit quodammodo in primo gradu patris & matris, a quibus rursum versus progrediendo, per hos ipsos ad avum & aviam paternos & maternos pervenitur; ut sic per patrem & matrem successio avi & aviæ nascatur. Certe vere descendit, ut in nepotibus: cum primus gradus sit in patre & matre, quibus sublatis de medio, tum succedat avi & aviæ secundus gradus. Hæc ergo in hac successione parentum cum successione liberorum similia.

V. Duo, ut dixi, discrepant. Primum illud, quod in liberis etiam si sint duo dispares gradus, unus filiorum, alter nepotum, tamen vocantur omnes, ubi nepotum pater mortuus est, neque hoc casu unquam proximus gradus ulteriorem excludit, ut supra diximus. §. *cum filius. Inst. de her. quæ ab int. def.* In parentibus contra. [6] In his si plures sint & dispares parentum gradus, jubentur hic præponi, qui proximi gradu reperiuntur, masculi & fœminæ, sive paterni sint, sive materni. *d.* §. *consequens. versi. autem plurimi.* Itaque si sit defuncto pater; ex matre demortua avus maternus & avia materna: aut contra defuncto mater; ex patre demortuo avus & avia paterni: tum & illic solus admittetur pater, & hic sola matre, exclusis avo & avia gradu remotioribus. Neque illic in locum filiæ defunctæ succedunt avus, vel avia materni; neque hic avus vel avia paterni succedunt in locum filii sui demortui. Quod contra fit in liberis, in quibus, mortuo defuncto filio, placet nepotes neptesque in patris sui locum succedere: idque in his æquum esse videtur, ut est in *d.* §. *eum filius. Inst. de her. quæ ab int. def.* Cur non item in parentibus? Non dubium, quin efficiatur eadem illa ratione Papiniani, quam supra commemoravimus, quod scilicet non ut liberis parentum, sic parentibus liberorum debetur hereditas, propter naturæ simul & parentum commune votum. *d. L. scripto.* §. *ult. D. unde lib. L. nam etsi. D. de inoff. test.*

VI. Alterum etiam discrepat, quod liberi, ut admittuntur omnes & ex diversis gradibus, sic admittuntur soli: non item parentes soli ad hereditatem liberorum. Vocantur [7] una & fratres & sorores defuncti utroque parente conjuncti, ita ut si cum patre & matre succedant, dividatur [8] inter eos hereditas secundum numerum personarum, & ut veteres loquuntur, in capita, ut & adscendentium & fratrum singuli æquas partes ferant. Ut est in *d.* §. *consequens. versi vero.* ubi additur & illud singulare in hac successione, ut quas portiones fratres inde accipient; hæ pleno jure ad eos pertineant, ac ne ususfructus quidem inde acquiratur patri, quanvis fratres iidemque ejusdem patris filii, sint in ejus potestate.

VII. Si sint defuncto filii fratrum, [9] caverat Justinianus paulo post in eadem constitutione, ne admitterentur una cum fratribus defuncti, si etiam defuncto parentes essent; & in summa, ne cum parentibus defuncti succederent filii fratrum ejus. §. *reliquum. ver. si autem cum fratribus.* Sed hoc ille mutavit [10] postea, & cum

6) *Auth. defuncto C. ad Tert.* sive in una, sive in diversis lineis, paterna & materna constituti sint. Quare mater excludet avum paternum, etiam in bonis, quæ a patre pervenerunt ad defunctum. Forst. *d. C.* 4. *n.* 30. Schneid. *d. n.* 21.

7) Concurrit autem frater utrinque conjunctus, etiam cum remotioribus adscendentibus, nec avum excludit, quia *d. C.* 12. non nominat patrem vel matrem, sed proximos ascendentes. Ergo per *L.* 92. *de V. S.* Forst. *Lib.* 7. *C.* 6. *n.* 1. & 2. Schneidr. *d. loc. n.* 26. & *seqq.* Fach. 6. *Contr.* 7. Berch. *de Grad. n.* 223. & *seqq.* Olim autem fratres prælatos fuisse parentibus, per *L. ult. C. comm. de success.* volunt Vult. *Inst. h. t.* n 36. Cujac. *in Nov.* 84. & *Nov.* 118. Quod hodie fit apud Burgenses, quorum mores Jac. Curt. 2. *Conject ad* Viv. 12. ratione niti scribit, quod superstites quibus ex communi voto velint aut valle debeant parentes bona defuncti filii deferri; nec, cui filius adhuc superest, patris nomen amittat. Jure Saxonico certa secundus tertium omnino excludit. Schneidr. *supr. d. loc. n.* 34. & *seqq.* Nam licet textus *Lib.* 1. *Art.* 17. Lands. tantum patrem nominet, tamen & avus excludit fratrem per rationem ic fine *textus* ibid. *Dass das Erbe nicht aus dem Buson gehe.* Fach. *Diff.* 24. Coler. *Decis.* 47. *n.* 4.

8) Ubi hoc notandum quod interventus fratris efficiat, ut diversæ lineæ majores viriles partes habeant, qui soli essent, in dispares succederent. Pone: Defuncto supersunt avus & avia paterni, avia materna sola & frater aut soror. Hic in capita, ac quatuor partes fiet divisio, ac avus paternus, item avia paterna pro se quisque, tantum consequitur, quantum avia materna. Qui tamen sine interventu fratris nihilo plus ambo haberent quam hæc sola. Atque consequitur quis ex persona alterius, quod ex propria habere nequit. Forst. *Lib.* 7. *C.* 6. *n.* 6. & *seq.* Quod nisi aperte ita constituisset Justin. *d. Nov.* 118. *C.* 2. §. *si vero cum adscendentibus*, probabilius diceretur, mea sententia, in illa specie divisionem fieri debere partim in capita, ratione concursus fratrum cum adscendentibus; partim in stirpes, ratione concursus adscendentium inter se invicem, servata proportione Geometrica, arg. *L.* 13. *pr. de lib. & postum.* Ac ita in proposito exemplo hereditas non in quatuor (uti nunc fit per *d. C.* 2.) nec etiam in tres, (quod fieret si undique in stirpes succederetur) sed in quinque partes distribuenda foret, ex quibus duas sumeret avia materna, reliquorum singuli singulas. Nec inconveniens est in eadem hereditate successionem aliquando, si ita vocare licet, mixtam, partim ratione aliquorum, in capita; partim, ratione aliorum, in stirpes constitui. Quin hoc fit quando una cum parentibus & fratribus defuncti fratrum filii concurrant, ut *infra N.* 10.

9) Ut Hal. & Scrimgr. qui in *d. Nov.* 118. *C.* 2. vers. *si vero*, post verba: ex utrisque parentibus conjuncti interjiciunt: ἢ ἀδελφόπαιδας, aut fratrum liberi. Quos liquidi erroris convincit Forst. *L.* 7. *C.* 6. ex *Nov.* 127. *C.* 1. verbis disertis, novum jus inducentibus. Sed *d. C.* 2. requirit ut superstites simul sint & parentes, & fratres, & fratrum liberi. Unde si parentibus tantum concurrant fratrum liberi per illos excludi vult Cujac. *ad d. Nov.* 127. Borch. *de Grad. p.* 228. Andr. Gerhardi *Exerc. Justin. Decade* 11. *Q.* 7

10) Ne in meliori caussa sint quam eorum parentes fuerunt. Forst. *L.* 7. *C.* 7. n. 2. Et ita hic successio partim in capita, partim in stirpes Nam si superstat avus & avia pater-

cum parentibus ac fratribus defuncti etiam filiis fratrum mortuorum in successione defuncti locum dedit hac lege; ut fratrum filii omnes succedant in stirpes, idest, non plus accipiant, quam quantum pater ipsorum accepturus esset, si viveret. Hoc in *Novel. ut fratr. fil.* Sed utrumque hoc & in fratribus & fratrum filiis ita placuit, si fratres fuerint utroque parente eum defuncto conjuncti. *Novel. de her. ab int. ven. §. consequens. in pr. vers. si vero. Novel. Ut fratr. fil.* §. 1. Quod eo pertinet; ut si qui erunt ¹¹ altero tantum parente conjuncti, hi a parentibus excludantur. Ut puta, ex priore matrimonio natus est filius: mortuo marito uxor iterum nupsit: & secundo matrimonio item filius unus natus est. Sunt hi quidem fratres: sed conjuncti matre tantum. Quæ illis communis est, non etiam patre, quos diversos fuisse apparet. Si ex his fratribus unus decedit, soli admittuntur parentes, non etiam alter frater.

paterni, avia materna, frater utrimque conjunctus, & alterius itidem conjuncti. (3) filii, hereditas in quinque partes dividetur, quarum unam hi tres nepotes ex fratre accipient, non in septem. Quod si Justinianus non constituisset, ut interventus fratris faceret ascendentibus viriles partes ut *supra N.* 8. divideretur in dicta specie, in quatuor partes, quarum una cederet aviæ maternæ; altera fratri: tertia avo & aviæ paternæ simul: quarta fratris filiis. Ultra fratrum vero filios non extenditur hoc beneficium. Forst. *Lib.* 7. *Cit.* 6. *n.* 3. Sed & avus concurrens cum patruo defuncti illo potior est, Ranchin. §. 18. *n.* 17.

11) Illis enim præfertur parens ex communi sententia, usu fori comprobata. Ranchin. §. 11. *n.* 4. Forst. *Lib. L.* 7. *C.* 8. Schneidw. *Inst. h. t. C. de* 2. *ord. succed. n.* 30. scribens correctam esse *L.* 7. *C. ad Tert.* Quæ tamen controversia non caret. Vid. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 14. *Gl.* 2. *n.* 9. Fachin. 6. *Contr.* 8. Virg. Pingiez. *Ill. Q. Suc.* 15.

CAP. IV.

De legitima cognatorum successione: Et de duorum fratrum filiis patruo suo succedentibus in capita, non in stirpes, aliter, atque in duorum filiorum nepotibus succedentibus avo.

Ordo collateralium, ut vocant, tertius in successione. I.

Quædam his communia cum cognatis omnibus; quædam propria certorum graduum sui ordinis II.

In commune vocantur ad successionem, sive masculi, sive fœminæ; sive agnati sive cognati, sive sui, sive emancipati. III.

Suo veluti & proprio jure primi veniunt ad successionem ex utroque parente fratres, exclusis aliis ex uno latere. IV.

Veniunt autem cum patruis in stirpes secundo vocati fratrum talium demortuorum filii. V.

Iidem præferuntur defuncti fratribus ex uno parente. VI.

Post germanos *fratres, horumque filios pari jure succedunt* consanguinei *atque* uterini, *cumque iis in stirpes fratrum talium demortuorum filii.* VII.

Si defunctus habent fratres uterinos & consanguineos: quomodo in ejus paterna, & materna, & aliunde quæsita bona succedent hi omnes. VIII.

Quid si fuerint sorores. IX.

Deficientibus fratribus, eorumque filiis, cognatus proximus succedit, excluso remotiore. X.

Si plures sint ejusdem gradus cognati, licet non ejusdem stirpis: succedunt omnes pro virili, seu in capita IX.

An filii duorum fratrum cum soli veniunt, & sine patruis, succedant in capita aut in stirpes: quæ dubitandi ratio. XII.

Contraria Azonis, & Accursii sententia, & quæ. XIII.

Azonis opinio auctori verissima; & validis etiam confirmata rationum momentis petitis ex capite II. & III. Novellæ de successionibus XIV. *& seqq.*

A contrariis quoque vindicata. XXII. *& seqq.*

Totius argumentationis summa & conclusio. XXV.

Ad quem usque gradum Novella *constitutione vocentur ad successionem cognati* XXVI.

Proximiore deficiente cognato, ad insequentes ordine gradus defertur successio. XXVII.

Nullus successionis gradus in suis: & quare XXVIII.

I. Si defuncto neque liberi, neque parentes erant, tertius locus est cognatis, qui sunt ex transverso, seu a latere. De his jus constitutum in *Novel. de Her. ab. int. ven.* §. *reliquum vers. si igitur.* Quod ut facilius percipere liceat, obser-

observandum est hic communia quædam constitui a Justiniano ad omnes cognatos pertinentia; quædam propria certorum graduum hujus ordinis.

II. Communia hæc: vocat Justinianus ex æquo [1] fœminas cognatas cum masculis, sublata vetere differentia sexus, puta sorores cum fratribus; materteras cum avunculis; amitas cum patruis, consobrinas cum consobrinis masculis; sorores patrueles cum fratribus patruelibus, & deinceps. §. *si vero neque* vers. *nullam vero*. Vocat ibidem pariter, & sine exceptione cognatos, qui pari gradu sint, cum agnatis, sublata in omnibus successionibus differentia vetere agnatorum & cognatorum: ut hic naturalis tantum cognatio spectetur, non etiam civilis. Ut puta, succedent pariter avunculi defuncti cum patruis, consobrini cum patruelibus, etsi hi sunt agnati; illi cognati tantum, ut est agnatorum & cognatorum definitio in *L. non facile*. §. 1. *L. jurisconsultus*. §. 1. *D. de gradib. & aff.* Succedent ex hac definitione emancipati fratres, aut qui ex emancipatis nati sunt, cum iis qui in potestate manserunt. *d.* §. *nullam vero*. Nam & emancipatione Familia amittitur. *L. ult. D. de cap. diminut.* familia autem agnationem facit. *d. L. jurisconsultus*, §. 1. *de gradib.*

III. Sunt & hic, ut dixi, propria quædam ab illo constituta in certis gradibus hujus cognationis, primum in fratribus; deinde in fratrum filiis; tertio loco in cæteris qui sunt infra hos gradus.

IV. Fratres in hac successione primo loco vocat, utpote defuncto proximos: sed domtaxat fratres utroque parente conjunctos, [2] exclusis iis, si qui sint, qui per patrem aut matrem solum conjunguntur. §. *reliquum*, in pr. & vers. *unde*, & vers. *ex diverso*. Ut, si sit ex primo matrimonio filius unus; ex secundo duo filii: uno ex his duobus mortuo, alter succedet solus, utpote eodem patre & matre natus. Ex priore illo natus non succedet, quia defuncto quidem frater est, sed conjunctus solum per patrem aut matrem, prout hæc aut ille priori matrimonio superstites fuerant; & ad posterius matrimonium transierant.

V. Secundo loco vocat fratrum filios; fratrum, inquam, utroque parente conjunctorum. De quibus nova duo constituit. Primum ut fratrum sororumve defunctorum filii succedant etiam cum aliis fratribus defuncti, [3] iisdemque patruis suis, etsi gradu prioribus & proximis defuncto: dum scilicet hoc filiis istis fratrum tribuit, ut in [4] suorum parentum jura succedant. §. *re-*

1) Cum olim agnati soli vocarentur ex verbis L. 12. tabb. *Si suus heres non erit; agnatus proximus familiam habeto*. Quæ diversa referuntur a Cicer. 1. *de Invent.* Cornific. 1. *ad Herenn.* Ulpian. *tit.* 26. §. 1. & *in Coll. LI. Mosaic. Tit.* 16. vid. Forst. *Lib.* 1. *C.* 7. *n.* 1. & quis decem viris agnatus proximus A. Fab. 29. *Err. Pragm.* 10. Sed & Prætor, post eos, cognatos vocavit. Consideravit autem jus vetus magis favorem familiæ, quam jus sanguinis. Hodie vero cognati non bonorum possessores, sed heredes legitimi, Ranch. §. 13. n. 7. In aliis autem caussis, quam successionis intestati, & tutelæ legitimæ non est sublata differentia. Cujac. *ad d. Nov.* 118. *circ. fin.* ut quoad jus querelæ inofficiosi *L.* 27. *C. de inoff.* Costal. *ad L.* 4. *D. de inoff.*

2) *Auth. cessante C. de leg. hered.* quia licet pares sint gradu, virtus unita validior, & duo vincula fortius stringunt, Forst. *L.* 8. *C.* 1. *n.* 1. & 2. & *C.* 4. *n.* 1. & 2. P. Ærod. *Lib.* 1. *Decretor. Tit.* 52. Matthæac. *Lib.* 2. *de Via Jur. C.* 20. *n.* 19. qui tamen *n.* 21. Constitutionem Justiniani duram vocat, justa ab ea recessisse Venetos, & consanguineum cum germano æque ad hereditatem fratris commodis admittere scribens. Cujac. *Cons.* 4. constitutionem hanc stricte accipiendam, nec protrahendam esse. Ideoque in successione filiæ sororis avunculum matri ex uno parente conjunctum concurrere conjuncto ex utroque. Quidam voluere utrinque conjunctos non excludere consanguineos a paternis; nec uterinos e maternis: sed utrosque ab abunde partis, referente Tiraq. *de Retr. lign.* §. 14. *Gl.* 2. *e.* 7. Quod juris auctoritate caret. Consentit in hoc juri Civili Jus Sax. *Lib.* 2. Land. *Art.* 20. Forst. *d. C.* 1. n. 4. & *d. C.* 4. n. 4. Schneid. *Inst. h. t. C. de* 3. *ord. succed.* n. 8. & 9. ubi tamen & alia ratio quia, secundum Saxonum computationem, gradu non propior est germanus consanguineo vel uterino *Lib.* 1. Landr. *Art.* 3. Coler. *Dec.* 1. 49. *n.* 7. & 8. Ut tamen soror germana, in utensilibus uterinam; germanus consanguineum in expeditoriis non excludat; Fachs. *Diff.* 26. *in fin.* Coler. *de Proc.* P. 1. *C.* 3. *n.* 257. Moller. 2. *Semestr.* 5. Idem obtinet in fratribus naturalibus, quando succedunt, Forst. *Lib.* 6. *C.* 12. *n.* 4. ubi *n.* 7. eque uti formam successionibus legitimorum præscriptam. Non autem succedunt naturales conjunctis per lineam paternam, quia vere nullos habent. Nec agnati illi sunt, nec cognati, quia cognatio sine agnatione est a matre tantum §. 4. *I. de succ. cogn. L. ult. C. de nat. lib.* Schneid. *d. loc.* n. 42. Forst. *Lib.* 8. *C.* 10. & *Lib.* 6. *C.* 47. Ex materna autem origine progredientibus succedunt. *L.* 2. *L.* 4. *Unde cogn.* Forst. *Lib.* 6. *C.* 48. sive uterque, naturales sint; sive alter naturalis; alter etiam legitimus. Ac etsi mater illustris, Schneid. *d. loc. n.* 45. quia *L.* 5. *ad Tert.* non est producenda ad transversales, Forst. *Lib.* 8. *L.* 11. *n.* 2. Jure Sax. inter legitimos & illegitimos nulla est successio *Lib.* 1. *Art.* 28. *Art.* 40. *Art.* 51. *Lib.* 2. *Art.* 13. *Lib.* 3. *Art.* 64. & *Art.* 72. Sed rigor is moribus reprobatur. Forst. *d. C.* 12. *n.* 8. Schneid. *d. loc. n.* 46. vid. & hac de re Zobel. P. 3. *Diff.* 13. Coler. *Decis.* 50. Spurii autem & adulterini, magisque incestuosi, de nullis transversalium bonis participant, vid. Forst. *Lib.* 6. *Cap.* 12. & *seq.* & *Cap.* 50. *n.* 12. & *seqq.* ubi *n.* 17. & *seqq.* dissentientes, qui fratribus uterinis & reliquis linea maternæ eos succedere asserunt, refellit. vid. & Curtius, qui dissentit quoad adulterinos, *Conject. ad Fr.* 27. P. Greg. 45. *Synt.* 11. *n.* 11. Fachin. 6. *Contr.* 10.

3) Qui et & avunculi Θεῖοι, vocantur *in d. Cap.* 3. §. 3. *Inst. de grad. L.* 37. §. 5. *de leg.* 3. ut & amitæ ac materteræ Θεῖαι, quia cum parentes liberis quasi Θεοί. Patrui appellati Θεῖοι, ut ex Simplicio Epicteti interprete Forn. 2. *select.* 14.

4) Quia cum parentum personam sustineant & eorum locum, Imperatoris privilegio, ingrediuntur, necesse est eodem jure utantur, Forst. *Lib.* 8. *C.* 2. *n.* 3. Ranchin. §. 13. *n.* 11. Inducta igitur hoc casu in linea collaterali repræsentatio, Forst. *Lib.* 4. *C.* 21. *n.* 17. Schneidv. *Inst. h. t. Cap. de* 3. *ord. succed. n.* 13. Ranchin. §. 3. *n.* 9. Cujac. *in Nov.* 118. & *Cons.* 15. Gomez. *in L. Taur.* 8. *e.* 10. P. Greg. 45. *Synt.* 11. *e.* 6. & 8. A. Fab. 55. *Err. Pragm.* 1. Recte itaque in stirpes succedere dicuntur; tametsi Hotom. *Ill. Q.* 4. & *Quæst.* 14. velit nec repræsentationem hoc speciali privilegio inductam, neque in stirpes alios succedere quam qui ex stirpe & progenie sunt defuncti, quod refellit P. Fab. 3. *Semestr.* 24. *pag.* 378. Jure Saxonico fratrum filii excluduntur per fratres utrinque conjunctos *Li.* 1. *Art.* 3. *cir. fin.* & *Art.* 17. Fachs. *Differ.* 25. Reinh. P. 1.

§. *reliquum*, vers. *si autem defuncto.* & vers. *hujusmodi.* Hoc quidem, contra regulam juris communis veteris & novi de anccessione cognatorum, qui sunt ex transverso; quo jure soli proximi vocati sunt olim ad successionem: *Inst. de leg. agn. succ.* in pr. & *tit. de succ. cogn. in pr.* & nunc vocantur in cæteris gradibus ex hac ipsa Novella constitutione. §. *si vero neque.* Sed quoniam ita vocantur filii fratrum cum patruis, ut in parentum suorum locum succedant: ideo par fuit, ut & in hac successione vocarentur cum patruis in stirpes, id est ita, ut non plus accipiant, quam pater eorum accepturus esset, si viveret. Quod & ibidem constitutum est in vers. *si autem defuncto.* Ut, si sit unus frater superstes, ex altero fratre demortuo tres filii: ad unum illum pars dimidia: ad tres istus altera dimidia pertineat.

VI. Alterum & illud novum in fratrum utroque psrente conjunctorum filiis hic constitutum, ut si hi exstent, sint etiam defuncto fratres par patrem tantum, aut matrem conjuncti; 5 filii fratrum præferantur, ut & pater eorum præferretur, si viveret. Quod sibi consentiens Justinianus constituit, postquam hoc illis dedit, ut succederent in parentis locum *d.* §. *reliquum.* vers. *unde* & vers. *hujusmodi.* Itaque si proponas, ex duobus filiis secundo matrimonio natis unum decessisse, relictis filiis, deinde alterum: huic postremum defuncto soli filii fratris demortui succedent, excluso fratre, si quis ex priore matrimonio cum defuncti patre aut matre contracto natus erit: quoniam non potest hic frater nisi per patrem solum aut matrem conjunctus esse defuncto.

VII. Quod si neque fratras utroque parente conjuncti erunt, neque ex his fratribus filii: tum Justinianus ante omnes reliquos cognatorum gradus admittit fratres altero tantum parente conjunctos, sive per patrem solum conjuncti sint, sive solum per matrem. *d.* §. *reliquum.* vers. *His autem non exsistentibus.* Ut puta, ex priore matrimonio nati sunt filii; deinde mortua uxore maritus aliam duxit, aut mortuo marito uxor nupsit alii; & ex secundo matrimonio item natus est alius filius. Hoc mortuo sine liberis & parentibus, filii ex priore matrimonio admittentur, ut fratres defuncti, etsi per alterum tantum parentem defuncto conjunguntur, priore casu per patrem; posteriore per matrem. Et si forte ex uno horum fratrum demortuo filii erunt, hi eodem modo cum aliis ejusdem conditionis fratribus admittentur: uti in ordine aliorum fratrum fieri supra diximus. *auth. post fratres. C. de leg. her.*

VIII. Quo loco quæsitum est, si forte hujus generis plures sint fratres defuncto, quorum aliqui conjungantur per matrem, alii per patrem, & defuncto fuerint bona materna, aut paterna, aut utraque, in quæ bona fratres isti succedant: utrum in omnia communiter, nulla habita ratione stirpis, unde bona profecta sunt; an vero singula suæ quæque stirpi assignentur. Propone hoc modo: Ex primo matrimonio natus est filius. Mortuo marito uxor iterum nupsit, & ex hoc secundo matrimonio natus est secundus filius prioris illius frater per matrem. Ambo enim ex eadem matre. Postremo etiam hac uxore mortua maritus ejus aliam duxit, atque ex hoc tertio matrimonio tertius filius natus est, secundo illi frater per patrem. Secundus moritur, nullis relictis neque liberis, neque parentibus. Vocantur ex hac constitutione ad ejus successionem frater primus per matrem conjunctus, & item tertius conjunctus per patrem: idemque fieret, etsi ex primo & tertio matrimonio plures essent filii, iidemque defuncto fratres. In quæ bona defuncti fratris isti succedent? Dicemus, si defuncto nulla sint bona paterna aut materna, sed omnia quæsita aliunde, fratres istos in commune successuros, quia nihil sit in bonis, cur quædam stirpi paternæ tribui debeant potius, quam maternæ, aut contra, cum in his nihil sit paternum aut maternum. Quod si defuncto fuerint bona materna aut paterna; tum singula reddenda 6 ei stirpi, unde profecta sunt, ut ad bona materna soli vocentur fratres per matrem

P. 1. *Diff.* 30. Zobel. P. 3 *Diff.* 17. Coler. *Decis.* 48. Moller. in *Nov. Elect. Sax.* 18. *P.* 3. *n.* 2. Cum fratribus vero ex uno latere fratrum utrinque conjunctorum liberi simul succedunt in capita *d. Nov. Elect. Sax.* 18. Et fratres unilateres defuncti excludunt patruos defuncti, licet illius parenti utrinque conjunctos. Itemque fratrum filii arcent proprios suos, patruos defuncti, utrinque conjunctos.

5) Forst. *Lib.* 8. *C.* 6. n. 1. & 2. Secus est Jure Saxonico, uti jam dictum.

6) Hinc regula DD. vulgata Paterna paternis, materna maternis deferri. Cujac. in *Nov.* 84. Tiraq. de *Retr. lignag.* §. 14. *Gl.* 2. *n.* 4. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 46. Forst. *Lib.* 8. *C.* 8. Hanchin. §. 33. *n.* 8 & 14. *n.* 13. Cujus ratio in voto parentum, qui bona sua liberis obvenire expetunt. Et mortuo uno liberorum, quæ is a patre vel matre habet, ad eos qui communem habent parentem, perveniunt, tanquam ex tacita illius parentis non filium, de cujus successione agitur, mortui voluntate. Forst. *Lib.* 7. *C.* 4. *n.* 20. Hæc separatio bonorum inducta inter solos fratres *d. L.* 13. §. *ult.* porrecta est a DD. ad fratrum filios. Forst. *Lib.* 8. *C.* 8. *n.* 6. & 7. Schneidw. *Inst. h. t. Cap. de* 3. *ord. succed.* n. 22. & ad superiores transversales, ut si patruus ac avunculus sint defuncto. Forst. *d. C.* 8. *n.* 4. qui tamen *C. seq. n.* 9. id ho[illegible] non obtinere post sublatam agna-

trem conjuncti, ad bona paterna soli, qui per patrem conjunguntur. Sententia vulgo recepta, ut & diserte expressa est in *L. de emancipatis.* §. *ult.* illic *exceptis paternis rebus. C. de leg. her.*

IX. Quod de fratribus diximus, idem intelligendum de sororibus, sublata, ut dixi, in tota hac successione cognatorum differentia sexus. §. *si vero neque.* vers. *nullam.*

X. Si defuncto neque fratres erunt, neque fratrum filii; reliquus est tertius cognatorum ordo; de quo Justinianus duo hæc in commune constituit. Unum, ut hic vocetur ad successionem proximus quisque cognatus, nec unquam inferior gradus succedat in locum patris sui defuncti, quo cum superiore gradu admittatur, quod supra tributum erat fratrum filiis.

XI. Alterum, ut quotquot succedent defuncto, qui sunt ejusdem gradus; etsi oriundi erunt ex diversis stirpibus, omnes tamen succedant in capita, non in stirpes. Hoc ille in §. *si vero neque.* Itaque si sint, exempli gratia, ex fratre patruele demortuo unus filius; ex altero demortuo tres: omnes isti tertio fratri patrueli sine aliis cognatis prioribus defuncto succedent inter se in capita, non in stirpes; idest, ut sunt quatuor capita & personæ, in totidem partes dividetur hereditas, ex quibus singuli unam ferant; ac proinde singuli isti tres ex uno nati tantum accipiant, quantum unus ille, qui natus erat ex altero fratre patruele, ut in specie simili declaratur in *L.* 2. §. 1. *D. de suis & leg. her.* Et hoc quoque jus vetus fuit, nec de hac divisione hereditatis inter cognatos etiam nunc ulla controversia est inter interpretes post fratres, fratrumque filios.

XII. De duorum fratrum filiis ambigitur. Dubitatio hinc nata. Jus vetus est & certum, 7 hos succedere in capita: diserte traditum in *d. L.* 2. §. 1. *D. de suis & legit. hered.* repetitum in §. *hoc etiam. Inst. de legit. agn. succ.* Sed videtur mutari hac constitutione Novella, quam tractamus. Primum quidem in §. *reliquum* vers. *si autem* ubi vocantur filii fratrum in stirpes cum patruis, & dicuntur hi filii succedere in locum parentum suorum, ut scilicet non plus accipiant, quam pater eorum accepturus esset, si viveret. Sed maxime & velut diserte in §. *si vero neque.* ubi hæc verba sunt: *Si vero neque fratres, neque filii fratrum sint*, sicut diximus: placere ut vocentur cognati omnes a latere; hereditas autem dividatur inter eos secundum numerum personarum, id est in capita. Ergo si fratres exstabunt, aut fratrum filii, non fit divisio in capita. Unde relinquitur, ut fiat in stirpes.

XIII. Azonis sententia fuit etiam post hanc constitutionem duorum fratrum filios succedere in capita, ut ante. Accursius contra scripsit ad *d.* §. *reliquum.* versic. *si autem defuncto.* Sententiam Azonis quamquam plerique secuti erant ex veteribus; tamen ante ætatem nostram vicerat contraria, existimantium superioribus verbis constitutionis vocari istos in stirpes. Nostra memoria primus diligentissime disseruit de hac quæstione Zazius in Intellectibus singularibus; & multis ostendit etiamnunc inter istos successionem esse in capita, non in stirpes. Quam & sententiam probavit Carolo quinto Imperatori, qui 8 hanc ipsam constitutione quadam sua Germanica comprobavit.

XIV. Et vero sententia verissima est, & magnus error contra sententium. Quam ad rem, si quid forte etiamnum nostra opera hic opus est, brevis hæc confirmatio sufficiet.

XV.

agnatorum & cognatorum differentiam. Qua ex ratione Ranch. *d. n.* 13. extensionem ad fratrum filios rejicit, & quia Imperator hoc omiserit, ac novæ leges stricte accipiendæ. Ultra autem fratrum filios regulæ locum non esse DD. largiuntur, ut nec inter eos, qui diversi gradus, Ranchin *d.* §. 13. *n.* 15. Jus Saxonicum hanc separationem non admittit *Nov. Elect. Augusti* 14. P. 3.

7) *L.* 14. §. 1. vers. *illo proculdubio L. ult.* §. 3. vers. *illo etiam observando Cod. de legit. hered. L.* 1. §. *ult. Si pars her. pet.* Paul. 3. *Sent.* 8. §. 19. Ulp. *tit.* 26. §. 4. Caj. 2. *Inst.* 8. §. *regulariter.* 7. & 3. *Instit. tit.* 16. *Coll. LL. Mosaic.* Accedit auctoritas Harmenop. *Lib.* 5. *Promptuar. Tit.* 8. & *LL. Gothicorum Lib.* 4. *Tit.* 2.

8) In Comitiis Spirensibus anno 1529. & Senatusconsultis Parisiensis Curiæ Constat. *in L.* 1. §. *ult. Si pars her. pet.* Rot. *Ill. Q.* 14. & rerum sæpissime judicatarum auctoritate, Cujac. *Cons.* 4. & 2. *Feud.* 11. Qui hanc sententiam pluribus adstruunt, ut & Vaud 1. *Quæst* 24. Volt, *pr. I. h. t. n.* 44. Vasq. *Lib.* 2. *de Success. creat.* §. 13. *n.* 13. Bronch. *de Grad. pag.* 243. & *seq.* Covar. *Epit. de Success. ab int. n.* 8. Borch. 3. *Ass.* 69. Schneidw. *Inst. hac. tit. Cap. de* 3. *ord. succed. n.* 29. Mattæac. *Lib.* 2. *Epit. Legat. C.* 7. Rittershus. *Partit. feud. Lib.* 1. *C.* 16. *Q.* 9. & 4. *seqq.* Ranchin. § 13. *n.* 14. & 2. *seqq.* Coler. *Decis.* 51. Beust. *in L. admonendi* 31. *D. de Jurejur. n.* 878. Arumæ. ex *Jud.* 11. *Th.* 12. Quibus dispositio juris Saxonici congruit *Lib.* 1. *Art.* 27. §. *Bann sich ober* Fach. *Diff.* 28. Reinh. *P.* 1. *Differ.* 28. Primus ex interpretibus hujus sententiæ auctor. Azo in *Summa Cod. C. de legit. hered.* §. *item jure novissimo* vers. *illud dubitari potest*, quem qui sequantur refert, Forst. *Lib.* 8. *C.* 3. *n.* 1. & qui Accursium sectantur n. 2. Sed & multos utriusque opinionis sectatores laudat Tiraq. *de Retr. Lign.* §. 11. *Gl.* 12. longe vero plures pro adversa Accursii opinione, quam & probat Gomez. *in L. Tauri na* 8. *n.* 10. & *seq.* A. Fab. in *Disp. forensi de Patrui hereditate post Tract. de Var. numm. deb. solut.* & Forst. *Lib.* 4. *C.* 3. *in fin.* ratione naturali sustineri sentit, παράδειγμα subjiciens arboris plures ramos emittentis, quorum unus in duos, alter in quinque vel sex ramusculos abeat, tertius solus maneat. Hic utique tertius obesior, & duo ex primo crassiores, totidem ex secundo, plusque alimenti & succi ex trunco excipiunt: vide tamen Tiraq. *d. Gl.* 12. *n.* 6. ex quo apparet simile hoc magis successioni lineæ rectæ, quam transversæ, convenire. Alioqui semper in stirpes succederetur.

Digitized by Google

XV. Convenit inter omnes, jus hoc vetus fuisse, duorum fratrum demortuorum filios ad patrui hereditatem vocatos, succedere inter se in capita, ut id nominatim traditur in *d. L.* 2. §. 1. *de suis & leg.* §. *hoc etiam. in fin. Inst. de leg. agn. succ.* Necesse est igitur, nisi aliis legibus posterioribus specialiter jus mutatum sit, id manare *L. præcipimus. in fin. C. de appellat.* Aliis porro legibus mutatum esse nemo dicit. De hac Novelle omnis quæstio est. Atqui de duorum fratrum filiis separatim inter se succedentibus nullum verbum in tota hac constitutione. Vocantur quidem fratrum filii in stirpes in §. *reliquum.* Sed nominatim tunc, cum succedunt cum fratribus defuncti, iisdemque patruis suis. Quod ad duorum fratrum filios non pertinet. Vocantur in §. *si vero.* post fratres fratrumque filios alii cognati in capita. Esto, hinc colligatur fratres & fratrum filios simul succedentes succedere in stirpes. At certe nihil hic aperte & specialiter dicitur de duorum fratrum filiis inter se succedentibus. Potest enim convenire fratrum filiis, qui pro eo atque ente statuerat, succedunt cum fratribus defuncti. Lex autem, ut aliquid mutetur de priore jure, id posterioribus legibus specialiter exprimi jubet. *d. L. præcipimus. in fin. C. de appell.* Quare cum id factum in hac constitutione non probetur, atque adeo appareat factum non esse de duorum fratrum filiis: vel hoc unum satis argumenti erit ex superiore lege, sententiam de his veterum, & jus antiquum mansisse.

XVI. At constitutio Novella progreditur longius, & aperte ostendit, quod constituit de filiis fratrum, ut tantum accipiant, quantum stirps ipsorum, id est eorum pater, ut sic succedant in stirpes, nolle se id ad eos filios fratrum pertinere, qui succedant cum aliis fratrum demortuorum filiis. Quid enim scribit Justinianus in *d.* §. *reliquum* vers. *si autem defuncto*? Vocari filios fratrum in portionem patris sui, id est, stirpis suæ: sed nominatim addita conditione, si cum aliis fratribus defuncti, patruis suis succedant. Tolle hanc conditionem. Nempe istam successionem sustuleris. Denique cum Papiniano & Ulpiano recte ita colligemus: non aliter ergo fratrum filii vocabuntur in stirpes, quam si cum patribus suis succedant. Collectio Papiniani est in *L.* 1. vers. *hujus. D. de off. ejus* Ulpiani *in L. si procuratorem* §. *si ignorantes in fin.* juncto §. *igitur.* seq. *D. mand.* Quid in vers. *Hujusmodi*? Nominatim scribit Justinianus, se hoc solis fratrum filiis tribuere, ut in parentis sui locum succedant. Sed utrum omnibus? Immo addit in vers. *si autem cum fratribus.* Sed id solum his tribuere, cum succedunt cum patruis, & iis, qui sunt defuncto in secundo gradu. Qui hanc successionem in patris locum tribuit solum tunc, cum succedunt fratrum filii cum superiore gradu: aperta iis, qui cum aliorum fratrum filiis pari gradu succedunt, denegat.

XVII. Et vero ratio vincit, aliud jus statui debuisse in iis, quæ ratio manifesta sejunxit. Ut nunquam jus idem statuendum est in diversis caussis, nisi cum in his eadem ratio fuerit. *L. illud. D. ad leg. Aquil.* Quinetiam dicere solemus, cum constat certa ratione aliquid esse inductum, cessante ratione legis, ibi etiam jus deficere. *L. quod dictum, D. de pact. L. in omnibus causis id observatur, D. de reg. jur.* Cur ergo fratrum demortuorum filii cum fratribus defuncti succedentes vocantur in stirpes? Quia sunt dispari gradu, & in hoc discrimine [9] non possunt simul vocari in capita sine manifesta fratris injuria, cum quo succedunt. Finge enim unum fratrem esse defuncto; ex demortuo fratre tres filios. Si horum singuli æquam cum patruo partem ferunt: aperte fit injuria fratri defuncti. Aut enim filios istos demortui fratris volumus cum patruo suo succedere ex persona sua, aut ex persona patris sui. Ex persona sua non possunt, quin jus proximitatis auferant fratri, cum ille sit secundo gradu a fratre, isti uno gradu inferiores. Et ideo nec ex persona sua eos vocat Justinianus: sed ut hac parte vitaretur injuria, prius voluit eos succedere in locum patris sui. Quod bis repetit in §. *reliquum.* vers. *Hujusmodi*, & vers. *si autem cum fratribus*, scilicet ut in patris sui locum & gradum translati, inciperent jam cum patruo suo succedere eodem gradu sine proximitatis injuria. Quod si ex persona patris vocantur, ut hic fieri necesse fuit; jam ita jus cogit, ut vocentur in stirpes, id est ita, ut non plus accipiant omnes, quam pater eorum habiturus esset, si viveret. Qui enim in jus alterius succedunt, jure ejus uti-

9) Jure enim antiquo hereditas tota debebatur fratri, exclusis fratrum liberis *L.* 3. *C. de leg. herod.* Ergo Justinianus eos in capita non vocat cum patruo, ut quam minimum adimat ei, qui ante eam constitutionem totum habebat. Hotom. *III. Q.* 41. Ritors. *d. loc.* Et ut eo minor portio sit, quo charior defuncto esse debet frater, quam, qui remotior, fratris filius, Vaud. 1. *Q.* 24.

uti debent; ac nisi isti fratrum filii in hac divisione hereditatis id faciunt, jam multo majorem injuriam faciunt patruo, cum quo succedunt & eam adversus certiores regulas juris. *L. qui in jus, D. de reg. jur.* Atque hæc omnia ex eo, quod fratrum filii sunt inferiore gradu, in quo si vocantur in capita, id est ex æquo, cum fratribus defuncti, divisio hereditatis injuria carere non potest. Hæc ratio [10] aperte cessat, cum fratrum filii cum aliorum fratrum filiis patruelibus suis vocantur ad hereditatem defuncti. Non enim hic periculum est, ne ulli ex his fiat injuria, si singuli æquas partes accipiant, cum sint omnes inter se pari & æquo gradu; nec necesse sit eos ad hanc successionam vocare ex persona parentum suorum, ut supra, cum omnes recto jure ex persona sua recte admittantur, utpote cognati omnes, & proximi. An dubitamus igitur in diversis caussis jus diversum statuendum esse: aut potius deficiente ratione prioris successionis, jus etiam de ea constitutum in hac posteriore successione cessare etiam ex sententia Justiniani.

XVIII. Non adversatur huic sententiæ §. *si vero neque, ead. const.* Scribit quidem illic Justinianus vocari cognatos in capita hac conditione, si defunctus neque fratres neque fratrum filios reliquerit; sed addit; *ut diximus.* Hac adjectione de filiis fratrum omnem dubitationem sustulit. Declarat enim ea adjectione se non loqui de his separatim inter se, & solis succedentibus; sed succedentibus una & conjunctim cum fratribus defuncti. Nam de illis hactenus dixerat; ut eos vocaret solum cum defuncti fratribus. Bene vero superiore conditione distinguuntur isti hoc casu a reliquis cognatis inferioribus, ut cognati inferiores vocentur in capita, fratrum filii in stirpes. Nam & istos cum patruis suis succedentes ita vocari ante scriptum est, & fatemur. Nos de duorum fratrum filiis agimus; de quibus si non loquitur Justinianus in *d.* §. *si vero neque*, non magis adversatur is §. *quam priores.* De his autem ibi non agi, ex superiore adjectione liquido apparet.

XIX. Sed demus illa verba, *ut diximus*, adjecta non esse: tamen ne sic quidem ex reliquis verbis superioribus ejus §. colligi potest duorum fratrum filios inter se communiter succedentes vocari in stirpes: aliter atque inferiores cognatos, quos Justinianus ait succedere in capita. Etsi enim non frustra addita est hæc conditio, *si defunctus neque fratres, neque fratrum filios reliquerit*; omninoque eo pertinet, ut in his, quæ sequuntur, distinguantur fratres & fratrum filii a reliquis cognatis inferioribus: non tamen eo pertinere putanda est: ut separentur semper ac per omnia. Alioqui multa falsa consequentur. Nam etsi sint fratres, si soli sunt: nihilominus inter se in capita succedunt, ut pari gradu omnes. *L. 2. §. 1. D. de suis & leg. her.* Immo ipsos unius fratris filios eodem modo inter se hereditatem dividere necesse est. Sed & in ambobus eadem prærogativa est ad cæteros inferiores excludendos, quæ in cognatis cæteris. Nam si sint soli fratres defuncto sine aliorum fratrum filiis: si fratrum filii sine aliis fratribus: nihilominus & hi vocantur secundum prærogativam sui gradus, & reliquis inferioribus præferuntur, ut de reliquis cognatis scriptum est in *d.* §. *si vero neque.* Fatendum est igitur illam conditionem non esse ita adjectam, ut ex ea colligi debeat, quidquid infra dicitur de aliis cognatis, diversum esse in fratribus & fratrum filiis. Quorsum igitur? Ut significetur reliquos cognatos semper vocari ita: ut proximus inferiorem excludat; semper ita; ut quotcumque vocabuntur, succedant in capita. At non ita fratres & fratrum filios. Quando ergo hi dissimiliter? Id est, quando hi non excludunt inferiorem gradum, aut succedunt ipsi in stirpes? Et si id non fit, cum succedunt separatim: restat, ut fiat; cum succedunt conjunctim alii cum aliis. Quapropter & in hunc quoque casum differentiam inter istos & reliquos cognatos statui eo §. intelligendum est, & quidem detractis his verbis, *ut diximus.* Quod si ita est, omnino is §. ad filios duorum fratrum in stirpes vocandos nihil pertinet.

XX. Postremo quam certum sit, ex superiore *conditione* non posse, aut debere in fratrum filiis separatim a fratribus succedentibus [11] quidquam colligi diversum ab iis, quæ sequuntur in reliquis cognatis: uno exemplo fratrum liquebit. Nemo enim ex ea *conditione* colligit, si sint soli fratres per se succedentes, eos non succedere inter se in capita, ut reliqui cognati; sed in stirpes. Succedent enim omnino, ut dixi, in capita, non *quis-*

10) Ac ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio, neuter lædi videtur *L. 12. C. de inoff.* Et animus Justiniani eo tantum casu prospicere fratrum liberis, quo illis jure veteri non consulebatur. Hotom *d. Q.* 14. Rittersh. *d. loc. Q.* 12.

11) Rittersh. *d. loc. Q.* 13. Non valet consequentia: Remotiores semper succedunt in capita. Ergo fratrum filii nunquam, sed ita valet: Ergo non semper.

quisquam unquam de eo dubitavit. Nam quomodo aliter succedant, qui sunt pari gradu, & vocantur ex persona sua eodem proximitatis jure? Quod si de fratribus separatim succedentibus id colligi non potest: nec potest omnino de filiis fratrum separetim item succedentibus colligi, quoniam Justinianus & fretres, & fratrum filios eadem oratione, est complexus. Ita semper huc res redit, ut *conditio* superior intelligatur edjecta, non ut fratres & fratrum filii separentur quovis tempore a reliquis cognatis in divisione, quæ fit in capita: sed tunc solum, cum vocantur simul fratres cum fratrum filiis. Atque hoc quidem ita est, etsi Justinienus non adjecisset hæc verba, *ut diximus*. Nunc cum adjecerit, & hæc verba superiorem sententiam exprimant: fecit, ut nemo jam dubitere debeat, quin non loquatur de duorum fratrum filiis separatim succedentibus; eut certe non ita, nt eos e reliquis cognatis in successione in capita separet; non magis, quam de solis fratribus succedentibus sentire eum, intelligere possumus.

XXI. Objicitur e quibusdam exemplum nepotum. Nam hi succedentes cum filiis defuncti patruis suis vocantur in stirpes, quia in patris sui locum succedunt. Iidem, si succedant cum eliis nepotibus alio patre natis, retinent eamdem formam successionis, & vocantur hic quoque in stirpes. Non alia de caussa, quam quod in duorum filiorum filiis idem hoc servatur; ut tum quoque singuli in sui parentis locum succedant, ut supra diximus. §. *cum filius. Instit. de hered. quæ ab intest. def.* Servendum igitur hoc idem in fratrum filiis, ut: quemadmodum cum succednnt cum fratribus defuncti patruis suis, vocantur in stirpes, quia in locum parentis sui succedunt: sic cum iidem vocantur cum aliorum fretrum filiis, vocentur eodem modo, quasi & tum quoque omnes in locum perentis sui, ut prius, successerint. Sed nepotum & filiorum fratrum in hac re diversam caussam habitam fuisse e veteribus, ex non dubiis locis constat. Ex duobus filiis descendentes nepotes vocantur ad hereditatem avi in stirpes certo jure. *d. §. eum filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. L. Papinianus, §. quoniam* in fin. *D. de inoffic. testam.* De duorum fratrum filiis contra. Hos succedere in capita diserte traditum in *d. L.* 2. §. 1. *D. de suis & legitim. §. hoc etiam. Institut. de leg. agn. suec.* Ut ergo differentiæ ratio e nobis reddi non posset: tamen cum constet hes species certo jure esse distinctas: apparet esse contra manifestam sententiam juris, ut quod de una specie dicitur in hac divisione in stirpes aut capita, ad alteram transferetur.

XXII. Sed tamen & in his constat veteribus differentiæ ratio. Hæc, ut existimo: quod in linea recta ed successionem parentis, remotis primis liberis, sequentes admittit successio in locum prioris gradus deficientis: in linea transversa cognatos admittit sola cognatio & proximitas. Ut puta, mortuo avo, si filius mortuus est, admittuntur nepotes ex eo ad successionem evi sui, quia prius nepotes succedunt in locum patris sui, ut est in *d. §. eum filius. Inst. de her. quæ ab int. def.* Et generaliter ita succedunt ex lege Velleja *L. Gallus. §. videndum. D. de lib. & post.* Unde evenit, ut sicut filiis succedentibus divideretur inter eos hereditas pro numero liberorum: sic his mortuis ex eorumdem filiorum numero partes fieri debeant inter nepotes, quoniam hi in locum filiorum successernnt. Hac autem successione vocentur in stirpes. §. 1. vers. *sic tamen. ead. Nov. de her. ab int. ven.* At cum filii fratrum vocantur ad hereditatem patrui sui, vocantur ut cognati, & proximi defuncto; & una hec ratione eos vocari constat, non quia prius in locum patris sui suecesserint. *Inst. de leg. agn. succ.* in pr. *tit. de succ. cogn.* in pr.

XXIII. Nihil ad rem pertinet, quod Justinianus vocans fratrum demortuorum filios une cum eliis fratribus defuncti, vocat hac retione, quod vult filios fratrum hoc cesu succedere in locum parentum suorum. *d. §. reliquum.* vers. *hujusmodi. ead. Novel.* Hoc enim jus [11] novum, & sin-

11) Et certarum personarum, in quibus inducitur, finibus coercendum, cum & Justinianus ipse privilegium appellet, & novæ constitutiones, correctoriæ veteris juris, extra terminos suos non trahendæ, Hot. *d. Q.* 14. Objic. Atqui excludunt patruum defuncti qui in eodem gradu. *d. Nov.* 118. C. 3. vers. *quandoquidem ibi illud palam est Auth. post fratres C. de legit. her.* Quare non jure proximitatis, sed repræsentationis. Resp. Hotomanus, id inde est, quia hereditas proclivius descendit quam ascendit. Nam & nepos defuncti excludit patrem ejusdem, qui in eodem gradu, nec minus tamen jure proximitatis succedit. Niell. *Disp. feud.* 8 *Th.* 3. *lic. C.* Objic. voculæ, *sed &* in *d. C.* 3. vers. *sed & ipsis*, quasi sensus: non tantum inter se succedunt, sed etiam quando cum patruis, &c. Resp. Sed frequentissimum est & exemplis patent infinitis, voculas, *sed &*, modo conjunctivas esse, modo discretivas, vid. Cujac. 15. *Observ.* 19. & 25. *Observ.* 10. Rob. 1. *Animad.* 21. Objic. *Auth. post fratres* 2. *C. de leg. her.* Resp. interpretanda est ex Novella, unde sumpta, & vera in sensu composito, non diviso. Matthæus. 2. *Epit. Leg. C.* 7. Objicit A. Faber. Imperator protestur in *d. Novel.* 118. *in præfat.* se omnem successionem intestati illa lege disponere. Resp. Ego: nec hic casus omnino prætermissus, sed implicite definitus, quia eo ipso, dum sub conditione inducitur repræsentatio: sub con-

singulare est, constitutum præter rationem juris communis cognatorum. Ideo non est producendum ad consequentias, ne si similes quidem casus viderentur proponi. *L. jus. singulare. L. quod vero. D. de legib.* Multo minus transferri ad casus dissimiles. Ut hic plane dissimiles species esse ostendimus, cum filii fratrum cum aliis fratribus succedunt, & cum succedunt cum aliorum fratrum filiis.

XXIV. Erit igitur hæc sententia generalis de divisione inter cognatos: ut, si defuncto neque sint liberi, neque parentes: omnes cognati qui sunt ejusdem gradus, vocentur ad hereditatem defuncti in capita, non in stirpes. Si vocentur ex diversis gradibus, ut fit tunc solum, cum sunt fratres, & aliorum demortuorum fratrum filii, tum hi succedentes una vocentur in stirpes.

XXV. Quæsitum est, ad quem usque gradum admittantur cognati ad successionem defuncti excluso fisco. Nam in §. *ult. Inst. de succ. cogn.* scriptum est agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem usque ad decimum gradum. Cognationis autem & proximitatis jure solum usque ad sextum. Et cum [13] hac constitutione Novella exæquati sint cognati agnatis: §. *si vero neque.* vers. *nullam.* Nemo dubitare debet, quin, ut olim agnati, sic nunc quoque cognati eodem exemplo admittendi sint, etsi sint decimo gradu. Sed an ita ambo, ut decimum gradum non excedant, ut olim non excessisse ne agnatis quidem traditum est in *d. §. ult. de succ. cogn.* Et puto ex hac constitutione [14] etiam ultra decimum gradum, si quidem de cognatione possit constare, cognatos admitti. Constitutio enim diserte scripta est, omnes deinceps a latere cognatos servata cujusque gradus prærogativa ad hereditatem vocari; neque quidquam de gradu adjicitur. *d. §. si vero.* in pr. & in fin. Quicumque igitur erunt, & quocumque gradu, dum cognati, omnes his verbis ad hereditatem admittentur. *argum. in L. item veniunt. §. petitam,* in fin. *D. de hered. pet. L. metum.* 9. §. 1. *D. quod met. caus.*

XXVI. Quod reliquum est: quod in successione cognatorum certos gradus atque ordines fecimus, ut diceremus primo deferri hereditatem liberis; deinde parentibus; tertio loco iis cognatis, qui sunt a latere, & in singulis generibus suo cuique ordine: monendi sumus in universum, quod ad omnes ordines pertineat, non sic accipiendum esse, ut cum [15] proximo alicui ex his delata est semel hereditas, in ejus persona hereditas consistat: sed ita, ut tamdiu ita deferatur ei, quandiu erit gradu proximus. Quod si qui proximus

contraria negatur. Que cessante sua sponte sequitur successionem personalem fieri, ac in capita. Deinde alii etiam casus omissi videri possunt, qui verbis non explicite definiti ut *in C.* 1. successio nepotum quando non cum patruis suis, sed inter se invicem soli ex diversis filiis in avita hereditate concurrunt. Uti igitur ille casus pro omisso non habendus, quia necessario sequitur ex eo quod in *d. C.* 11. cautum, nepotes in parentum locum succedere; ita & hic. Objic. Faber: Absurdum est eosdem in eadem hereditate difformiter succedere, cum patruo in capita: inter se in stirpes, cum res una simul & semel diverso jure censeri nequeat. Resp. Hot. *Ill. Q.* 14. absurdum non esse ejusdem hominis hereditatem varie quandoque pro casuum & personarum varietate, dividi. Recte ut videtur. Licet enim hic personarum non esset diversitas: tamen certe casuum. Et ideo ratio tantum stringit, si in eadem numero successione varie quoad eosdem fieret divisio. Quin & personæ quodammodo diversæ videri possunt. Cum enim soli sunt fratrum liberi, ipsorum persona spectatur: quando cum patruis; ipsorum parentis, cujus locum subintrat, ac perinde habetur, tanquam non ipsi, sed eorum parens, repræsentationis fictione superstes succederet. Denique si absurdum non est, ut interventus fratris efficiat partes viriles ascendentibus diversæ lineæ, quæ si absque eo essent, forent inæquales: vid. *C. præc. N.* 8. nec absurdum erit, si concursus patrui faciat fratrum filiis partes inæquales, qui si is non superstes, laturi essent viriles.

13) Forst. *Lib.* 2. *C.* 9. *&* *Lib.* 8. *C.* 9. *n.* 7. Schneid. *I. hoc tit. Cap. de* 3. *ord. succed. n.* 39. Coler. *Decis.* 51.

14) Sunt tamen qui & jure veteri in infinitum agnatos successisse volunt. Pro quibus facit *L.* 2. §. *I. de suis & legit.* §. *cæterum* 3. ibi, *etsi longissimo gradu I. de leg. ag. succ.* Forst. *Lib.* 6. *C.* 10. Ranchin. §. 15. *n.* 6. *&* 3. qui ad *d.* §. *ult. I. de success. cogn.* respondet ibi exempli causa nominari decimum gradum, ut & Cujac. in *not.* & Borch. *ibid.* non absolute, sed comparate ratione cognatorum, quod non in sextum tantum gradum, sed & decimum subaudi ac ulteriorem, vocentur, Gitan. *Tr. feud. C.* 12. *n.* 47. Contra alii decimo gradu etiam hodie finiri, quos multum laudat Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 28. P. Anton. de Petra *de Fideic. Q.* 8. *n.* 506. *& n.* 610. Vasq. *Lib.* 2. *de Succ. Res.* §. 18 *n.* 2. Gail. 2. *Obs.* 150. *n.* 1. Matthæus. *de Via Jur. C.* 20. *n.* 8. *&* *n.* 16. Schneid. *Inst. h. t. Cap. de* 3. *ord. succed. n.* 38. *& Cap. de Success. int. vi. n.* 13. Coler. *Decis.* 51. Quæ sententia rationem habet, & restringi solet ut non obtineat in successione Principum, ac Comitum, Tiraq. *d. L.* Catell. Cotta *in Memora. in v. agnati.* Jure Saxonico successio transversalis ultra septimum gradum non producitur, Landr. *Lib.* 1. *Art.* 3. Forst. *Lib.* 8. *C.* 9. *n.* 8. Sed diversa, quæ ibi fit, graduum numeratio facit, ut utroque jure in iisdem personis finiatur Schneid. *d. loc. n.* 39. Coler. *d. Decis.* 51.

15) Proximus vero dicitur quem nemo antecedit *L. proximus* 92. *de V. S.* etsi solus sit *L. proximi* 155. *eod.* vid. God. *ad. d. L.* 92. Forst. *Li.* 7. *C.* 30. *n.* 9. *& seq.* Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 11. *Gl.* 1. *n.* 1. *& seq.* Proximitas autem requiritur delatæ hereditatis tempore *L.* 8. *I. de leg. agn. succ.* id est tempore defuncti, si testamentum non condidit: sin condidit, tempore, quo, eo destituto, vel everso, res recidit ad caussam intestati, P. Greg. 45. *Synt.* 1. *n.* 8. vid. Ranchin. §. 1. *n.* 8. Forst. *d. C.* 30. *n.* 14. ubi *n.* 22. quomodo proximitas probari debeat. Servatur in successione graduum computatio Civilis, quoad eas a Canonibus quoque probata, Schneid. *in Rub. I. h. t. n.* 6. Fr. Munnoz. de Escobar *Tom.* 2. *Var. Comput. C.* 23. *n.* 3. Jo. Vinc. Hondedæ. *Vol.* 1. *Cons.* 4. *n.* 3. Cæterum in remotioribus agnatis sola prærogativa gradus attenditur, Schneidwin *Inst. h. tit. Cap. de* 3. *ord. succed. n.* 31. *& seq.* Vult. *in pr. I. hoc tit. n.* 50. nulla scilicet distinctione lineæ superioris, aut inferioris; simplicis, vel duplicis vinculi (secus jure Saxonico quo ex uno latere conjunctus, etiam ulterior, quicunque sit, semper uno gradu remotior habetur, Schneid. *d. L. n.* 35.) honorum paternorum vel maternorum, vid. *N.* 6. Moribus tamen Francorum bona transferri ad lineam, unde processerunt: ut, quum bona paterna frater quoque uterinus excludatur ab agnato, etiam septem aut novem gradus, refert Valla *de Reb. dub. Tract.* 5. *n.* 4.

mus fuerat, aut spreverit hereditatem, aot antequam adiret, decessarit: sciendum est in reliquis ioferioribus esse successiooem, id est, proximo quoque deficiente, sequentes jore admitti, & io deficientium locum succedere. §. *placebat. Inst. de leg. agn. succ. L.* 1. §. *quibus*, & seq. *D. de successor. ed.*

XXVII. Non sunt [16] in hoc numero *sui* heredes. In *suis* heredibos non est successio, ut traditur io *L.* 1. §. *sciendum. D. de suis & legit.* Sensus est: si mortuo sint filii, & ex filio nepotes, qui omoes in potestate morientis foeriot: filii sunt sni heredes, quia in potestate moriantis, & primo gradu. Si cum heredes exstitissent, postea se abstinueront hereditate: ut maxime nepotibus iode deferatur ea hereditas: tamen nepotes in locnm pareotum suorum sui heredes oon succadeot. Primum quod filius, qui semel suus heres exstitit, suus heres esse non desinit: ut oon possit dici in deficientis locum esse successionem, cum ut suos heres non defecerit. Deiode quod in liberis is solus gradus *suos* continet, qui est primus, quo tempore post mortem parentis defertur liberis hereditas. Quæ res facit, ut filio præcedente nepotes ex eo, ne ex persona quidem sua possint esse sui heredes. De quo statuetur certius ex definitione & jure suorum heredum, qua de re in acquisitione hereditatis supra diximus Lib. 7. Cap. 2. Ac quando deferator legitima hereditas, & quibus, dictum est. Delatiooem sequetur acquisitio, ut sic hereditas fiat ejus, coi delata est. Ea acquisitio cum sit una & eadem quæ prodita est in hereditate testamento delata acqoirenda, & de hac sopra dixerimus, nihil superest, nisi ut quod illic diximus, hio quoque dictum esse iotelligamus.

16) Vid. *L. ult. C. Unde Lib.* & ibi Don. nost. *in Op. postum.* & Cujac. 4. *Obs.* 6. Fach. 6. *Contr.* 66. & seqq. Ratchin. §. 19. n. 1. & 2. Vacon. 3. *Declar.* 49. n. 9. A. Fab. 29. *Err. Pragm.* 10.

CAP. V.

Quæ personæ quas res sibi acquirere prohibeantur, efficiente id partim conditione personæ, partim ejus voluntate. De peculii verbo. Tum plenius de peculiis filiorumfamilias, Castrensi, Quasi Castrensi, Profecticio, Adventicio. Quatenus hæc acquirantur filiofamilias. Et in profecticio de re a patre filiofamilias donata: atque in hac tractatum fusius, an & quando hæc donatio filio confirmetur.

Transitio: & inculcata partitio rerum, atque ordo. I.
De acquirentis persona duplex quæstio. II.
Prior natura quæstio: an cui quæsitum volumus, sibi acquirat. III.
Impediunt, quominus acquirat sibi aliquis, personæ conditio, & voluntas. IV.
Conditio cui personarum generi noceat, & quatenus. V.
Servi nec acquirere nec possidere queunt. VI.
Filiifamilias quæ acquirere, aut non acquirere possint, ex quoque peculiorum genere æstimandum. VII.
Peculiorum genera duo: & duplex utrisque subjecta species: & quæ. VIII. XII.
Peculium Castrense quid sit: & quorum genere contineatur. IX.
Quid peculium quasi Castrense; quibus in rebus cousistat; & unde appellatum. X.
Quo jure habeantur filiifamilias in utroque. XI.
Quid sit: & quo bonorum genere constet profectitium peculium. XIII.
Adventitium peculium quid: & quare diversis appellationibus utrumque nuncupetur. XIV.
Cui acquirantur bona profectitia. XV.
Ex jure profectitiorum bonorum de Donatione filiofamilias a patre facta, num valeat, dijudicandum. XVI. XXII.
Num ea aliquando patris silentio confirmetur, filio sui juris facto: interest utrum res, de cujus Donatione agitur, filii nomine comparata fuerit a patre, vel data filio e bonis paternis. Et hoc posteriore casu, an emancipatione, vel patris morte juris sui efficiatur filiusfamilias. XVII.

Dona-

I. Atque hæc hactenus de acquisitione hereditatis, seu de acquisitione rerum ea, quæ per universitatem contingit. Qui postremus modus fuit, quem inter modos rerum acquirendarum numeraremus. Quod cum ita sit: diximus autem prius de cæteris modis hujus generis, sive qui sint ex jure gentium, sive qui ex jure civili: nempe hoc jam intelligi potest absolutam nobis esse eam partem, in qua quæritur, quibus modis res nobis acquirantur. Qui secundus locus fuit, de quo in ratione rerum acquirendarum cognoscemus. Ac propter multitudinem eorum modorum, adde & plerorumque amplitudinem, quam late pateat, videmus. Quo exposito, restat ad acquisitionem rerum, de qua agimus, acquirentis persona. Meminisse enim debemus ejus, quod initio hujus argumenti a me positum est, constare omnem acquisitionem, qua res singulæ fiunt privatæ & singulorum, his tribus velut partibus: re quæ acquiritur, ut possit acquiri: acquirendi modo, ut sit is modus, quo acquiri jure potest: tum acquirentis persona, ut sit ea, quæ possit acquirere. De prioribus duobus dixi, quantum rei & instituto convenire videbatur. Superest tertium, quod positum est in persona & jure acquirentis.

II. Ergo ut maxime superiora duo concurrant, id est sit res, quæ acquiri possit, & antecesserit justus acquirendi modus: si res geritur ab eo, aut confertur his modis in eum, qui non potest acquirere, aperte nihil agitur. Neque vero omnes possunt acquirere his modis. An quis possit, in eo duæ sunt natura quæstiones. Una, an is, cui quæsitum volumus, possit acquirere sibi. Altera, si sibi non potest, an saltem acquirat alteri, puta nobis. In quo est illa quæstio nonnullis titulis juris comprehensa. Per quas personas nobis acquiritur, exstat in Institutionibus, & in Codice.

III. Sed illa prior est natura, an cui volumus quæsitum, sibi acquirat. Nam si acquirit sibi, stulte quæritur, an acquirat alii, cum acquisitio in persona ejus consistens rem ejus faciat, nec duo ejusdem rei domini esse possint in solidum. *L.* 5. §. *ult. D. com.*

IV. Quominus quis, quod supra scriptis modis acquiritur, acquirat sibi, impeditur aut conditione personæ, aut sua ipsius voluntate.

V. Conditione personæ impediuntur duo hominum genera. Quidam ideo, quia aliena potestate tenentur. Quidam, quia cum sint sui juris, interdicitur iis rei commercium. In potestate sunt dominorum servi; patrum filiifamilias. Hi dissimiliter impediuntur potestate, ne sibi acquirant. Servi in totum, filiifamilias in quibusdam generibus bonorum.

VI. Servi nihil omnino suum habere possunt. Quod nihil aliud est, quam servos nihil omnino posse sibi acquirere. *L. acquiruntur*, §. 1. *D. de acq. rer. dom.* §. *Item vobis, Inst. per quas pers. nob. acq.* Sic est conditio servorum toto jure civili: servi jure civili pro nullis habentur. *L. quod attinet. D. de reg. jur.* servi juris communionem non habent neque civilis, neque prætorii. *L. qui testamento*, §. *servus, D. qui test. fac. poss.* Idque usque adeo in acquisitione rerum placuit; ut servi nec possidere quidem pos-

possint, non dico res cæteras: sed ne peculiares quidem. Licet hoc propius ad factum accedere videatur, quam ad jus. *L. quod servus, D. de acq. poss.* Servi tenere possunt, quod nudi facti est: possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed etiam juris est, cujus servi capaces non sunt. *L. stipulatio ista, §. hæc quoque, D. de verb. oblig. L. possessio, §. 1. D. de acq. poss.* Dicitur quidem servus peculium habere, & habet, cum dominus ei constituit. *L. 4. in princ. L. 5. §. ultim. D. de pec.* Atque [1] idem peculium dicitur esse velut patrimonium servi. *§. actiones autem, Inst. de act.* Sed recte, *velut patrimonium.* Nam vere patrimonium servi non est, cum, ut dixi, servus nihil possit suum habere.

VII. Filiifamilias etsi sunt in potestate patris, ut servi in domini potestate: non sunt tamen in eadem caussa. Filiusfamilias sua habere quædam potest, eademque sibi acquirere: quædam non potest. Id autem pro generibus peculii, quæ in filiisfamilias diversa sunt, varie æstimatur. Quidquid acquirit filiusfamilias, sive suo labore paravit, sive aliena liberalitate collatum apud se habet, & sive id vere in bonis ejus est; sive non est; uno nomine in usu juris peculium filiifamilias appellatur. Verbum ita proprium filiorumfamilias: uti & servorum, ut quandiu filii eadem conditione sint, patrimonium eorum non aliter vocetur: post ubi liberati sunt potestate, statim peculium esse desinat; & quæ peculio prius tribuebantur legibus, mutata conditione adimantur. *L. ult. §. ult. C. de inoff. test.* Sic dictum quasi pecuniolum, idest, pusilla pecunia, seu *pusillum patrimonium. L. 5. §. ult. D. de pec.* nam & patrimonium veteres *pecuniam* suam vocabant. *L. nam quod. 14. in fin. D. ad Trebell.*

VIII. Peculii filiorum familias (nam servorum peculium est unius generis) duo genera sunt: militare, & paganum. Quæ indicantur in *d. L. ultim. in princ. C. de inoff. test.* Militare duplex: castrense, & quasi castrense. Genera *ibidem* notata, etsi quasi castrense medium quoddam genus inter castrense & paganum illic statuitur. Et est revera. Sic tamen: ut nihilominus sit species militaris peculii, si quidem militant & ii reipublicæ, quorum id peculium est, ut ex definitione & jure utriusque mox intelligetur.

IX. Castrense peculium est, quod miles, qui sub armata militia stipendia meret, per occassionem militiæ acquisivit, non aliter acquisiturus. Quo in genere sunt stipendia militaria: item quæ obvenerunt ex præda & spoliis hostium: item quæ a parentibus, aut cognatis vel amicis ad militiam proficiscenti, aut in castris jam degenti donata sunt ad usum castrorum & militiæ, ut arma, equi, & cæteræ res ad eumdem usum necessariæ. *L. castrense, D. de castr. pec.*

X. Quasi castrense peculium est eorum filiorumfamilias, qui operam publicam navant reipublicæ aut caussis publice agendis, ut sunt patroni & advocati in numeros recepti: aut in eo munere, unde salaria & stipendia percipiunt publica. Quo in numero sunt magistratus, & omnes qui publico aliquo munere funguntur; item professores publici ac magistri bonarum artium. Estque id quod isti ex stipendiis publicis & superiore opera acquisierunt, non aliter acquisituri. Sic & personæ & peculium ipsum fere describitur in *d. L. ultim. §. ultim. C. de inoff. test.* Quasi castrense dictum, ut ibidem traditur, quod ad similitudinem & instar castrensis peculii inductum sit: idque propter similitudinem operæ & castrorum. Nam & superiores illi in munere atque opera publica sua quædam castra habent, in quibus militant reipublicæ non minus, quam milites, qui armis rempublicam tuentur, ut in persona advocatorum eleganti rescripto declaratur in *L. advocati. C. de adv. div. judicior.*

XI. Totum hoc genus [2] castrensis & quasi castrensis peculii proprium est filiorumfamilias, ita his quæsitum, ut de eo statuere possint, ut velint; non aliter, quam patresfamilias de suis rebus. *L. 1. §. nec castrense, D. de coll. L. cum oportet in princ. vers. exceptis. C. de bon. quæ lib. Instit. quib. non est perm. fac testam. in princ.* Inde dictum. *Filiosfamilias* [3] *in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungi. L. 2. D. de sen Mac.* Et cum olim lis nulla esse posset inter patrem & filium, quem in potestate habet, de

1) Peculium naturale nomen: patrimonium civile. Dicitur quidem ordinarius dominus vicarii, *L. 1.7. de Pecul.* quia hic in illius peculio est, & sub illius imperio, sed veluti dominus est non vere, Cujac. 8. *ad Afr. ad L. 38. §. 2. de Pecul.* Goth. *in d. L. 17.*

2) Nec in castrensibus vel quasi castrensibus caussis agens filiusfamilias patris consensum desiderat *L. 4. §. 1. de castr. pecul.* recte contra Accurs. & Bars. Vand. 1. *Q. 48.* Forst. *Lib. 7. de Succ. C. 27. n. 2.*

3) Favor militiæ hoc efficit, ut potestas patria, licet per eam non dissolvatur, ita tamen moderetur ac restringatur. Nec recte Vand. 1. *Q.* 1. id inde esse, quia castrensia nihil ad usum & administrationem patris pertineant. proinde idem dicendum in adventitiis iis, quorum integram proprietatem filius nanciscitur.

de cæteris rebus filii: potuisse tamen esse ex castrensi peculio. *L. lis nulla*, 4. *D. de jud.* scilicet, quis tum res cæteræ acquirerentur patri, ut mox dicetur: peculium autem castrense proprium esset patrimonium filii, in quo & judicium, & judicii executio consisteret.

XII. Peculium paganum item duplex; profecticium, & adventicium.

XIII. Profecticium est, quod a patre profectum est. Et a patre esse intelligitur, quod profectum est non solum ex bonis patris: sed etiam aliunde, facto tamen, aut beneficio seu contemplatione patris: ut si quis donaturus patri, dederit filio: si quis patris, amicus vel cognatus filio aliquid dederit aut reliquerit. *L. 5. in pr. D. de jur. dot. L. sed si plures. §. in arrogato. in fin. D. de vulg.*

XIV. Adventicium est, quidquid filio obvenit aliunde, sive labore & opera ejus, sive aliena liberalitate ad eum pervenit, puta legato, aut donatione, aut hereditate ei delata. *d. L. 5. §. si pater pro filia. D. de jur. dot. L. cum oportet, in pr. C. de bon. quæ lib. §. 1. in fin. Inst. per quas pers. nob. acq.* Et hæ quidem appellationes in his distinguendis sunt usurpatæ veteribus, *d. L. 5. in pr. §. si patre pro filia, D. de jur. dot.* non quod si significationem verborum sequi volumus, non liceat recte dicere, quod a patre profectum est, ab eo ad filium venisse; & quod ab alio advenit, id ab eo esse profectum: sed docendi caussa commodius visum est singulas species singulis appellationibus distingui, ut factum esse docet Justinianus in appellationibus injusti, rupti, & irriti testamenti, in *§. alio, Inst. quib. mod. test. inf.*

XV. Peculium profecticium id demum est, quod ut olim, ita nunc quoque filiofamilias non acquiritur: ac nec potest. Nam ut maxime ei ab initio acquiri diceremus; tamen placet statim ad patrem redire. *§. 1. Inst. per quas pers. nob. acq. statim*, id est, ita, ut in jura vetere erat; ut ne momento quidem subsistat in persona filii. *L. placet. D. de acq. her.* Hoc Justinianus in *d. §. 1. per quas pers.* scribit se constituisse generali constitutione emissa: intelligens *L. cum oportet. in pr. C. de bon. quæ lib.* Ubi tamen ex professo non agit, nisi de bonis adventiciis, quæ vetat patri acquiri, ut olim. Sed satis cavet & de profecticiis, cum patri acquiri vetat, quæ aliunde perveniunt ad filium, & addit, non etiam quæ perveniunt ex substantia patris. Sic enim aperte hæc vult juri veteri relinqui, & acquiri patri, ut prius.

XVI. Ex hoc jure [4] dictum est, si pater filio quem in potestate habet, donet, nullam esse donationem. *L. 1. §. 1. D. pro don.* Nam donatio ut huc spectat, ita si vera est, hoc efficit; ut dominium transferatur in accipientem. *L. 1. D. de donat. L. senatus. D. de mort. caus. don.* Filio a patre donatum non transferri in filium effectum est. Nulla igitur donatio.

XVII. Sed hoc loco diligenter notandum est, quæ hic ab initio non valuit donatio, eam postea nonnunquam [5] silentio patris confirmari, cum filius sui juris esse cœperit. In quo hæc distinctio veterum, quæ ex variis locis in unum collatis colligitur, tenenda est. Si quid pater filii nomine, quem in potestate habet, comparavit; quamdiu filius in potestate est, liberalitas filio non acquiritur. Ubi exiit de potestate, constitutum est, si non postea contrarium patris judicium probetur, proprium filii effici; & patre forte mortuo, in divisione hereditatis præcipuum fieri filio. *L. filiæ. C. fam. erc.* Quod si pater aliquid donavit de suo, si quidem emancipavit filium, & peculium emancipato non ademit: respondit & in hac specie Papinianus, videri patrem ex post facto donationem perfecisse. *L. donationes. §. pater. D. de donat.* Significans ab initio non constitissa donationem, ut & supra diximus: sed silentio patris donationem confirmari ei, qui jam aliquid suum habere possit, sui juris emancipatione factus.

XVIII. At si idem pater non emancipato filio decesserit: diserte scriptum est in

4) Propter vinculum potestatis, quia necessario patri readquireretur, Gomez. 2. *Resol.* 4. *n.* 25. & sibi ipsi is donaret, Beust. *ad L. 1. de Jurejur. n.* 220. Aliter A. Fab. vid. *N.* 11. Vaud. 1. *Q.* 4. olim donationes has irritas fuisse, quia nulla acquisitio in persona filiifamilias constituit. Quod quia hodie mutatum, ac redditi filiifamilias compotes acquisitionis, nihil impedire quo minus filiisfamilias parentes quidquid velint, donent. Quod probandum non est. Quid si remuneratoria sit donatio? Valere affirmant plures quos refert Vasq. 2. *Contr. usu. freq.* 46. n. 8. & Menoch. *de Arb. Cas.* 132. explicans quæ bene merita esse debeant, ut æquivaleant rei donatæ, & C. 134. unde de illis liquere debeat, vid. & Fach. 3. *Contr.* 74. & 76. Moll. 2. *Sem.* 16. &, qui maxime, nec sine ratione, contra nititur Ant. Fab. 41. *Err. Pragm.* 6. Jure Saxonico donatio rerum mobilium facta filiofamilias valet statim, quicunque deinde præmoriatur, Landr. *Lib.* 1. *Art.* 10. Coler. *Decis.* 13. Beust. *ad L. 1. de Jurej.* n. 215.

5) Quid si jurejurando firmata sit? Valere putant, quia eorum quæ legibus statuta, ut patria potestas, ratio non habeatur, ubi animæ periculum vertitur, Fachin. 3. *Contr.* 87. post alios relatos Jerem. Setser. *Lib.* 2. *de Juram. C.* 12. n. 6. Contra Cujac. *Cons.* 28. *p. m.* 76. quia subverti nequeat naturalis ratio, quæ non patitur, ut sibi ipsi quis donet utiliter. Quod verum non est. Imo ratio illa civilis est, qua patria potestas unius personæ intellectum inducit, & A. Fab. 41. *Err. Pragm.* 4.

Digitized by Google

in *L. si donatione*, *C. de collat.* rem donatam manere heraditariam; nec morte patris præcipuam fieri ejus, cui donata est. Et priores duæ partes ut consentiunt inter se: ita congruunt cum *L. donationes, quas parentes, C. de donat. int. vir. & ux.* ut minus dubitandum sit, quin veræ sint. Sola hæc postrema & prioribus illis partibus distinctionis, & *d. L. donationes, quas parentes.* contraria, incidit præcipue in difficultatem. Itaque quam vera sit, & quomodo intelligenda, quamquam conveniat cum superioribus, videamus. Nihil vero ne hac quidem postrema parte distinctionis verius, etiam in ea re, quam pater vere & simpliciter donavit filio: non autem ita dedit, ut eam separarat a suis rationibus, & filius tantum in peculium haberat. Quæ traditionis distinctio legitur in *L. per servum*, §. 1. *D. de acq. rer. dom.* Nam de fundo filiæfamilias constitutæ a patra donato diserte scripta est *L. si donatione. C. de collat.*

XIX. Non adversantur priora. Ac primum non illud, 6) quod placet, si quid pater filii, quem in potestata habat, nomine comparavit; id mortuo patre præcipuum filio adjudicari. Multum enim interest ad confirmationem liberalitatis paternæ; utrum quid pater de suo donet filio; an vero quod alienum est, comparet nomine filii. Quod pater filio quem in potestate habet, donat de suo id totum est patris, sive quod manet etiam nunc patria, ut erat prius; sive quod filio acquisitum, eodem momento redit ad patrem, ut est conditio profecticii peculii omnis. §. 1. *Inst. per quas pers.* Si res patria est: necesse est hanc mortuo patre effiei hereditariam; & jure hereditario ad omnes heredes pertinere: quoniam heredes, ut in reliquum jus omne defuncti; sic in dominium rerum hereditariarum succedunt. *L. heres in omne*, *D. de acq. her. E. cum heredes*, *in pr. D. de acq. poss.* Quo fit id, quod est in *d. L. si donatione*, *C. de collat.* ut ei, cui res inutiliter donata erat, non possit in divisione heraditatis essa præcipua. Et hoc, nisi recenti aliqua voluntate suprema patris hæc donatio filio confirmata esse probetur. Quam voluntatem nullam ostendi; in moriente patre paulo post dicemus. At quod pater comparavit filii nomine, id non acquiritur unquam patri; ut proinde non sit patris, eoque nec possit dici moriente eo esse hereditarium, cum id solum sit hereditatis, quod defunctus habuit tempore mortis. *L. hereditas*, *D. de reg. jur.* Patri non acquiri certum est, quoniam ut emit nomine filii; sic traditum nomine ejus accipit. Hoc enim est nomine filii comparare. Quod quis traditum accipit nomine alterius, non suo; id sibi non acquirit, quia non vult. *L. multum, in fin. C. si quis alt. vel sibi.* Quid, si res tradita sit filio, ipsius nomine mandante patre, ut ei tradatur? Ne sic quidem per filium acquiretur patri, quia prius id agi oporteret, ut statim acquireretur filio: quo facto statim res transiret ad patrem, atque ita ei acquireretur. *d. §. 1. Inst. per quas pers. d. L. placet. D. de acq. hered.* Nunc autem cum pater velit rem geri nomine filii ut res ei acquiratur: necesse est, id agi superiore traditione: ut res filio tradita tunc in eum transferatur; cum filius quærere poterit, id est cum sui juris factus erit. Neque novum est res tradi sub conditione: ut non aliter accipientium fiant, quam si conditio exstiterit. *E. qui absenti. §. 1. D. de acq. posses.* Hæc jam res facit, ut, mortuo patre, non possit res ita comparata pertinere ad heredes, & inter eos dividi, cum non sit hereditaria, quæ morientis non fuit. *d. L. hereditas*, *D. de reg. jur.* At traditam nomine filii, jam inde illius propriam fieri, necesse est, sive illi tradita est: quia res nobis traditæ per traditionem nobis acquiruntur, cum conditio traditionis exstitit, & nostri juris aumus: §. *per traditionem. Inst. de rer. divis. d. L. qui absenti. §. 1. de acq. poss.* sive tradita est viventi patri; quia tradita est nomine filii, ac possessione ille rem filio etiam sui juris facto acquirere potuit: quoniam par quemlibet possessio nobis acqui-

ri po-

6) Graei pugnam ita dirimunt. In *d. L.* 18. perseverasse patrem in voluntate donandi usque ad mortem. In specie *d. L.* 13. non perseverasse. Sed ea distinctio ex facto sumitur, cujus cognitio incerta, ut recte Cujac. 9. *Obs.* 17. qui tamen nihilo melius: suos ab intestato donationem simplicem conferre *d. L.* 13. testamento institutos non conferre, sed præcipuam habere; hodie autem ex *Novell.* 18. & hos conferre 3. *Obs.* 30. & *d. C.* 27. Ranchin. *de succ. ab int.* §. 20. n. 2. pro *non* reponit *nec* in *d. L.* 13. negativam sententiam in affirmativam ita convertens, vel potius pervertens. & A. Fab. 40. *Err. Pragm.* 1. pro *a patre* legit *a matre*, vel illa verba interpreti adsignanda censet, qui & *ibid. ac in seqq.* de hac materia multis disputat. vid. hoc de re, & quando hujusmodi donatio confirmetur, valeat, vel non valeat. Vacon. 4. *Decl.* 56. *n.* 10. & *seq.* Beust. *ad L.* 1. *de Jurej. n.* 118. & *seqq.* P. Gilb. *de Præscr.* *P.* 2. *Membr.* 1. *C.* 18. *n.* 6. Niell. *Disp. Feud.* 2. *Th.* 5. *lit. C.* Morte vero non confirmari nisi traditio prius a vivo patre facta, tradunt Beust. *d. loc. n.* 123. quia sine ea nihil est, quod confirmetur, cum donationis obligatio nulla fuerit. Gomez. *in L. Taurin.* 17. *n.* 4. Tiraq. *de L. constit. poss. P.* 1. *n.* 49. & 3. *seqq.* ubi & an ficta traditio sufficiat. An morte confirmata capiat vires & accipiatur jure legati vid. A. Fab. 42. *Err. Pragm.* 2. qui negat: An eadem retrotrahatur ut fructus sint donatarii ex die factæ traditionis, vid. Fach. 3. *Contr.* 73. A. Fab. 40. *Err. Pr.* 3. Et de aliis quæstionibus A. Fab. *Err. Pragm. Decade* 40. 41. & 42. Fach. *d. Lib.* 3. *Cap. seqq.*

ri potest, & per possessionem dominium. *L. traditio. §. ult. D. de acq. rer. dom.*

XX. Altera pars distinctionis videbitur vehementius adversari. Nam & ea est de re, quam pater donavit item de suo; quam idcirco constat esse in bonis patris. Placet nihilominus, emancipato postea filio a patre donationem paternam, quæ prius nulla erat, hoc ipso quod pater eam non revocavit, filio confirmari. Et quid interest, dicat aliquis, utrum emancipetur filius non revocata donatione; an vero eadem non revocata pater decedat, cum pariter utroque modo filius efficiatur sui juris, & morte, & emancipatione? *L. pupillus, D. de verbor. significat. Instit. quib. mod. jus patr. pot. solv.* in princ. & *§. præterea.* Sane vero ad liberandum potestate filium inter ista nihil interest: ad voluntatem patris & donationis infirmationam plurimum. Emancipato filio confirmatur prior donatio, non utique propter emancipationem, sed propter [7] voluntatem patris, quæ & ipsa emancipatione declaretur, & post emancipationem. Nam ab initio non alio consilio pater emancipat filium, quam, ut filius sui juris factus omnia suo jure habeat, quæ alioqui sine emancipatione patri quærerentur. Hoc quidem emancipationis beneficium & unicum esse constat. *L. 1. D. si a par. quis manumis.* Ideo intelligitur pater inter cætera emancipasse filium hoc animo; ut, quod illi prius quæsitum volebat, neque poterat propter patriam potestatem acquiri; jam nunc liberatus potestate sibi proprium habere incipiat. Sed intelligitur certius hæc voluntas patris post emancipationem hoc ipso, quod peculium, & in peculio rem donatam filio non adimit. Hoc vero qui facit non tam postea donationem emancipato *perficere*, ut loquitur Papinianus, quam recenti voluntate rem donare & in eum transferre intelligitur. Nihil enim interest ad rem ex donationis, aut alia justa caussa transferendam, utrum quis ex ea caussa nunc primum rem tradat alicui: an, cum forte apud eum esset, patiatur apud eum ex eadem caussa manere. *L. qua ratione. §. interdum. D. de acq. rer. dom. L. restituta. D. ad Treb.* At filio emancipato peculium, & in eo peculio rem donatam non adimere; nihil aliud est, quam pati rem donatam apud eum esse; & pati ex priore caussa donationis. Nam hac de caussa prius tradiderat. Quare hoc qui facit pater; recte dicatur rem nunc emancipato velut tradere donationis caussa; & hac ipsa de caussa in eum transferre, qui jam sibi quærere potuit: ut magis hic nova sit donatio, quam vetus confirmata. Jure tamen nova est; quia prior nulla fuit. Ex affectu autem patris, recte dicitur Papiniano donatio *parfici*, quam ille animo inchoavit: re non perfecit, jura refragante. Nulla istiusmodi [8] voluntas ad donationis confirmationem ostenditur neque in morte patris, neque post ejus mortem. Nam primum nemo moritur hoc animo; ut filios suos patria potestate liberet, aut quo illi sui juris facti nanciscantur alicujus rei quærendæ, habendæve potestatem: sed quia necesse habet, qui cogitur Deo & naturæ legi parere. Nulla autem liberalitatis significatio in eo, quod facere necesse habeas. *L. rem legatam, D. de ad. legat.* Ita fit, ut nulla hic recens voluntas patris ad confirmandam donationem intelligatur in morte ejus. Multo vero minus mortuus dicatur confirmare voluisse donationem, quoniam mortui nulla voluntas est; atque adeo, si quid ante voluit, morte ipsa velle desinit. *L. 4. D. loc.* Non adimit mortuus peculium, aut rem prius donatam: sed non ideo, quia velit apud filium manere, cum amplius velle non possit: sed quia non potuit adimere, qui velle adimere non potuit; ut utrumque velle potuit ille vivus pater, qui filium emancipaverat. Bene igitur, & manifesta ratione in donatione paterna confirmanda mors patris ab ejus emancipatione distinguitur.

XXI. Restat ad extremum. *L. donationes, quas parentes, C. de don. int. vir. & uxor.* quæ & de donatione in liberos in potestate constitutos collata nominatim loquens, hanc ipsam videtur liberis confirmare etiam mortuo patre. Sic enim illic cautum est, *donationes, quas parentes in liberos cujuscumque sexus in potestate sua constitutos conferunt; aut maritus in uxorem; vel uxor in maritum:* quæ donationes ab initio non valuerunt, ita demum per silentium donatoris firmas esse: si observatæ sint eæ conditiones, quæ sequuntur in lege. Quis autem ignorat *silentium* intelligi maxime, cum donator moritur, qui nec ante revocavit donationem, nec tunc revocet? Certe in rē a marito aut uxore donata non aliud silentium intelligitur, quo confirmetur donatio. *L. cum hic status. D. de don. int. vir.*

7) Ipsa non ademptio est tacita donatio, quia hæc tota pendet a voluntate donantis, quæ perseverat tempore, quo filius capax. *Gifan. in d. L. 31. de donat. n. 44. & seq.*

8) Vid. Menoch. *de Arb. jud. QQ. Lib. 2. Q. 69.*

vir. & uxo. Et de eo loco hoc respondeo: si simpliciter definiretur illic, donationes superiores silentio donatoris confirmari: non posse negari, quin *silentii* verbo, etiam morte donantis patris donationes ab eo profectæ, & maxime morte ejus confirmarentur. Sed observetur, superiore oratione de confirmanda per silentium donatione nihil in universum affirmari; sed orationem esse sub conditione, & esse hunc sensum, quasi ita scriptum esset: donationes 9 superiores, si quas placuit, & quatenus placuit, silentio donatoris confirmari, sancimus ita eas per hoc silentium firmas esse; si ea intervenerint, quæ sequuntur. Quænam igitur donationes parentum in liberos confirmantur silentio donantis patris, & quo silentio? Id cum sit obscurum, ex eo loco, si qui sunt alii, quibus hæc res explicatur: nimirum ex his sumendum & interpretandum est. Sive, quod si in libaris nostris unam velut legem Justiniani accipimus: fit ut quod in una parte ambiguum aut obscurum est, ex altera, quæ certa sit, explicari debeat: *L. incivile. D. de legib. L. utrum. D. de hered. pet.* sive quod si diversas horum locorum leges accipi volumus: tamen obtinuit in interpretatione legum, semper priores leges ad posteriores, & posteriores ad priores trahi *L. non est novum*, & 2. seqq. *D. de legib.* Constat autem ex superioribus, donationem a patre collatam in filium, quem pater in potestate habuit, emancipato quidem filio perfici silentio patris: *d. L. donationes. §. pater. D. de donat.* mortuo autem patre non confirmari. *d. L. si donatione. C. de coll.* Recte igitur ita dicemus, & convenienter sententiæ legis Justiniani: Quod pater filio, quem in potestate habet, donavit; mortuo patre, nullo modo confirmatur filio; ut proinde quærendum non sit, quibus conditionibus confirmetur ea donatio, quæ omnino non confirmatur silentio donantis. At si pater hunc ipsum filium emancipaverit, peculio non adempto: perficitur donatio ex jure vetere: sed non aliter quam iis conditionibus, quæ postea lege Justiniani inductæ sunt: idest, si donatio non excedat legitimum modum, aut excedens, si sit insinuata, aut testamento confirmata.

XXII. Summa est, donationem omnem a patre profectam in filium, qui in potestate est, quandiu in potestate manet, ita nullius esse momenti; ut donatum a patre non recedat, id ex eo accidere, quod filius sibi donatum acquirere non possit: ideo autem non possit, quia prohibeat potestas, quæ facit, ut, si maxime donatum acquireretur ad aliquod momentum filio: tamen statim ad patrem redire debeat. *d. §. 1. Inst. per quas pers.* Quod autem hic donatio non valet, ejus juris hanc vim esse; ut nec, filio patria potestate liberato, res fiat ejus; nisi aut pater contulerit translationem in id tempus, cum filius sui juris erit, veluti, cum fundum comparavit nomine filii: aut donationem recenti voluntate filio confirmavit, ut cum eum emancipavit non adempto peculio.

XXIII. Quod de filiofamilias diximus, huic profectitium peculium acquiri non posse: & de filiafamilias multo magis dictum intelligendum est, cum multis in caussis jure civili deterior sit conditio fœminarum, quam masculorum: nunquam melior. *L. in multis. D. de stat. hom.* Et certe quod de donatione profecticia supra diximus, hanc nullam esse, etsi interdum filio sui juris facto confirmetur; de donatione in filium collata dictum est in *L. 1. §. 1. D. pro don.* in reliquis autem locis prope omnibus dictum legimus de donatione collata in filiam, ut *L. filiæ. C. fam. ercisc. L. donationes. §. pater. D. de donat. L. si donatione. C. de collat.* Sed ut sciremus citra controversiam jus superius ad utrumque sexum pertinere; de utroque nominatim in hoc jure comprehensum est in *§. 1. Inst. per quas pers. nob. acq.* In filiafamilias tamen non est perpetuum.

XXIV. Excipitur 10 dos profecticia. Hujus capax esse filiafamilias dicitur, scilicet, ut sibi propriam habere possit; non secus quam si esset materfamilias, *L. Pomponius Philadelphus.* in fin. *D. fam. erc.* Idcirco & dos dicitur esse *proprium patrimonium* filiæfamilias in *L. 3. §. ergo. D. de min.* Non sane propter sexum: sed favore dotis, cujus præcipuam ubique caussam esse placuit. *L. 1. D. sol. matr.* Idque usque adeo doti datum est, ut, quamvis pater dotem non dederit marito nomine filiæ, quam habebat in potestate; sed tantum tradiderit prædia quædam ipsi filiæ

9) A. Fab. 50. *Err. Pragm.* 3. Justinianum in *d. L.* 25. nihil novi constituisse, sed hoc, ut jus vetus de confirmandis donationibus non aliter locum habeat, quam si vel non excedant legitimam, vel insinuatæ sint. Nec vero dicamus, cum Balduino *in Justin.* & Bocer. *de Donat. C.* 3. *n.* 6. a Triboniano *L.* 1. §. 1. *Pro donato* Pandectis insertam, cum *d. L.* 25. ante Pandectas compositas lata sit.

10) Diss. A. F. 7. *Conject.* 12. & 13. *Conject.* 2. *in fin.* qui nec ex causa dotis donationem in filiamfamilias collatam valere vult (quod refellit Fachin. 13. *Contr.* 60.) immo 40. *Err. Pragm.* 9. ex *d. L.* 35. probare nititur donationem illam deterioris conditionis fuisse quam alias. Quod refellere tædet. Idem 13. *Conject.* 14. & *seqq.* nec in dote profectitia aut adventitia filiamfamilias heredem habere potuisse.

Digitized by Google

liæ dotis caussā, & quidem ita, ut tantum reditus eorum genero solvi mandaret: responderit tamen Papinianus hæc prædia mortuo patre ut propria a filia per caussam dotis retinari posse. *d. L. Pomponius. fam. ercisc.* Et est sane ipsum corpus, quod dotis caussa datum est, ipsius filiæ, & vivo patre; ut de eo pro arbitrio statuere non possit pater; *L. 3. D. sol. mat.* & mortuo; ut tum dos præcipua filiæ adjudicari debeat. *d. L. Pomponius. fam. ercisc.* At actio dotis profecticiæ quæ soluto matrimonio restitui debet, communis est patris & filiæ, & quidam hactenus, ut solus pater agat; non tamen aliter, quam ex voluntate filiæ *L. 2. vers 2. L. 3. D. sol matr.* De qua actione, cum ad obligationem & repetitionem dotis pertineat, ibi quærendum ést.

XXV. Adventicii peculii eadem conditio olim fuit, quæ & profecticii. Denique exceptis castrensibus & quasi castrensibus peculiis, [11] generale jus fuit: ut quidquid acquireret filius, qui in potestate est, acquireret patri, eoque nec magis quidquam suum habere posset, quam servus. *L. acquiruntur. §. 1. D. de acq. rer. dom. L. placet. D. de acq. her. d. L. 1. D. si a par. quis fuer. manum.* Postea excepta [12] est constitutione Imperatoris Marci Antonini Philosophi hereditas matris intestatæ, quam placuit ad liberos, tametsi in aliena potestate essent, pertinere. *L. pen. D. ad Tertyll. L. 6.* in fin. pr. *D. de acq. her.* Post etiam recentiorum Imperatorum constitutionibus jus idem confirmatum, sed detracto usufructu, qui patri datus est in his ipsis bonis. Ad extremum bona omnia adventicia filiofamilias quæsita in eadem caussa haberi cœperunt constitutione Justiniani. De quibus ille ita constituit in *L. cum oportet. C. de bon. quæ lib.* ut adventiciorum proprietas acquiratur filio, ususfructus patri. Et utrumque proprio quodam jure. Nam proprietas sic tribuitur filiofamilias, ne liceat [13] ei, quamdiu in potestate est, res ejus peculii alienare non consentiente patre. *L. ult. §. filiis. C. eod.* Ususfructus autem patri ita constitutus, ut sit liber, id est, ut liceat patri res hujus peculii administrare, atque his ita frui, ut velit, nec cogatur aut ipse finito usufructu suo, aut heres administrationis ejus rationem reddere; solum adempta patri rerum ipsarum, quarum ususfructus est, alienatione. *d. L. cum oportet. §. nos autem.* Sed de horum utroque dicetur postea opportunius suo loco in jura rerum nostrarum.

XXVI. Nonnunquam placet etiam usumfructum adventiciorum acquiri filio, ut res pleno jure fiant ejus. Jus receptum partim invito patre, partim volente.

XXVII. Invito patre [14] in his sex rerum generibus. Primum in rebus [15] donatis a principe. *L. cum multa. C. de bon. quæ lib.* Secundo in rebus [16] a quolibet donatis ea lege, ne ad patrem perveniat ususfructus. *auth. excipitur. C. eod.* Ad quod genus referri debent servi filiofamilias ita donati, ut statim ad libertatem perducantur. De quibus ita constitutum est in *L. ult. §. ult. C. eod.* ne horum ususfructus ullus acquiratur patri. Scilicet, quia hac lege donati intelliguntur. Nam manumissorum, id est, liberorum nullus potest esse ususfructus. Quare qui eos jubet statim manumitti, jubet effici, ne unquam ususfructus eorum ad aliquem veniat. Tertio in hereditate fratris sororisve, ad quam filiusfamilias una cum patre admittitur. *auth. item hereditas. C. eod.* Quarto in his, quæ ex lege deferuntur liberis ob delictum parentis, qui quæve divortium fecit sine caussa. *auth. idem est. C. eod.* Hæ autem res sunt lucra nuptialia, quæ facturus erat maritus aut uxor, si non divertisset. *L. consensu. §. ult. C. de repud.* Quinto in hereditate filio delata, in cujus aditionem pater consentire nolit. Pa-

11) Contendit tamen A. Fab. 7. *Conject.* 11. Filiumfamilias re vetari acquisitionis non incapacem, quæcunque pater per eum sibi acquiri noluit, ipsum accepisse, ut dominem effectum. Ibidem donationem filiofamilias factam a patre invalidam, non quia filius acquisitionis incapax. Tum enim pater maxime ostendit se habere nolle, sed quia nulla obligatio inter patrem & filium consistit. Donatio autem non valet, nisi obligatio contrahatur. Quæ ratio conveniens non est. Nam donatio traditionem conjunctam statim habens contractus non est, nec obligationem parit, alias eodem momento obligatio oriretur & dissolveretur, quod natura non patitur.

12) Non puto. Nam *d. L. 6. §. 0.* omnino probat potius & hanc hereditatem patri per filium acquiri, cum & ad illius aditionem paternus consensus requiratur. Melior Belloni expositio, ad *d. L. pen.* ceu retuli in *N. 0. C. 0.*

13) Ut nec juramento alienatio firmetur, Gomez. 2. *Resol.* 15. *n.* 9. & 10. Auctoritatem autem perhibente patre, etiam donatio de adventitiis valet, P. Fab. *ad L.* 165. *de R. I.* Quid si filiusfamilias ex illis bonis donationem in patrem conferat? vid. Cujac. *Cons.* 44. (qui eam æque morte filii confirmari vult) A. Fab. 45. *Err. Pragm.* 4. & *seqq.*

14) De his casibus vid. Forst. *Lib. 7. de Succ. ab int. C.* 07. qui plures refert & Scip. Gentil. *de Bon. matern. C.* 6.

15) Quæ tamen quasi castrensibus quis rectius accensuerit per verba *d. L. 7. ad similitudinem castr. peculii* P. Fab. *ad L. 93. de R. I. p.* 431. & ratione ea, quod princeps bene de Republica meritis munificentiam suam contulisse censendus sit.

16) Et hac lege hodie filiusfamilias institui potest. Olim non potuit ita institui, ut patri per eum hereditas acquireretur. Hinc frequentes in filiorumfamilias institutionibus conditiones emancipationis *L. ult. de pet. her. L. pen. Unde lib. L. 3. Cod. de Inst. & subst.* & alia citatis a Cujac. 0. *ad. Afric. in L.* 46. *de her. inst.*

Patre namque hoc casu recusante, fit potestas filio hereditatem per se adeundi hac lege, ut solidum filio acquiratur, nihil patri, ne ususfructus quidem. *d. L. ult.* §. 1. *C. eod.* Postremo in dote adventicia. Nam si dos ab ipso patre profecta in totum non acquiritur patri: sed proprium patrimonium est filiæ, ut supra ostendimus: quanto minus acquiretur patri, quæ obvenit aliunde? Constat enim ex superioribus plus juris esse patri in profecticiis bonis, quam in adventiciis.

XXVIII. Volente patre placuit Justiniano, omnium adventiciorum usumfructum acquiri filiofamilias, si pater permiserit ei, ut usumfructum retineret. *d. L. cum oportet.* §. *sin autem. C. eod.*

XXIX. Quid si ususfructus tantum fundi donatus erit, aut relictus filiofamilias? Utrum totus acquiretur patri, quia lex vult usumfructum patri acquiri: an vero nihil acquiretur, quia lex jubet proprietatem manere apud filium; in hoc autem usufructu si quid relinquitur filio, nihil est, quod transferatur ad patrem? Et verba constitutionis efficere videntur ipsum usumfructum, id est, jus utendi fruendi, quod filio donatum est, patri non acquiri. Sic enim vult constitutio rei filio quæsitæ usumfructum acquiri patri: ut ejusdem rei dominium (sic enim loquitur constitutio) id est jus ipsum summum & præcipuum rei quæsitæ sit ipsius filii. Hoc autem jus in usufructu, est ipse ususfructus. *L. 1. D. de usufr.* Quinetiam dominium ususfructus apud veteres nonnunquam legimus pro ipso jure ususfructus. *L. 3. D. si ususfr. pet. L. semper.* §. *hoc interdicto. D. quod vi aut clam.* Quapropter dubitari non debet, quin ex constitutione, ususfructus ad filium pertinere debeat. Ejus juris ususfructus acquireretur patri ex constitutione, si modo ejus esset aliquis ususfructus. At hic nullus est. Ususfructus enim servitus est. *L. 1. D. de servit.* servitus autem Servitutis esse non potest. *L. 1. D. de usufr. leg.* Et hoc quidem ex constitutione superiore Justiniani, id est, ex *L. cum oportet. C. de bon. quæ lib.* recte disputatur. Sed idem Justinianus in *L. ultim. C. de usufr.* videtur in hac specie ipsa ita constituisse, ut hic ususfructus sic acquiratur filio, ut prius acquiratur patri. Idque hoc modo ut quamdiu pater vivit, ususfructus ad eum pertineat, & quanvis filius vivo patre decesserit, maneat tamen ususfructus patris. Quod si pater decesserit filio superstite: ususfructus redeat ad filium, quasi illius quoque contemplatione relictus. De qua specie amplius nobis cognoscendum est libro sequenti in ususfructus amissione, quæ ex persona fructuarii contingit.

XXX. Atque hi sunt, qui potestate aliena, cui subjecti sunt, prohibentur sibi acquirere: hæ caussæ, in quibus his acquiri non potest. Sunt, ut dixi, quibus alioqui sui juris constitutis acquirere non licet, quia his interdicitur rei commercium. Quorum tres sunt ordines. Quibusdam enim interdicitur propter crimen: quibusdam propter munus operamve publicam: nonnullis odio quidem personæ, magis tamen propter rem, de qua acquirenda agitur. Propter crimen Manichæis, Donatistis, & iis qui [17] damnatione civitatem amiserunt, quo in numero sunt in opus publicum perpetuo dati, & in insulam deportati. De Manichæis & Donatistis ita cautum est in *L. Manichæos. C. de hæretic. & Manich.* ut jubeat lex eos amoveri ab omni liberalitate, & successione quolibet titulo venientes; præterea non emendi, non postremo contrahendi cuiquam eorum convicto relinqui facultatem. Deportati, & qui in opus publicum dati sunt, civitate amissa, in ea sunt caussa, ut ea quidem habeant, quæ sunt jurisgentium: at quæ sunt juris civilis non habeant. *L. sunt quidam. D. de pœn.* Quibus verbis ab omni acquisitione rerum, quæ ex jure civili est, removentur. Propter munus operamve publicam interdicitur [18] acquisitio iis, qui officia publica administrant; item militibus: sed quatenus acquisitio utilitati publicæ obesse visa est. De prætoribus igitur, & provinciarum rectoribus ita cavetur *L. unica. C. de contractib. jud.* Ut his interdicat Justinianus quidquam donatum accipere, item emere res quascumque sive mobiles sive immobiles, præter eas, quæ ad alimoniam vel vestes pertinent. Prioribus quidem cum hac exceptione, nisi quid princeps hic illis permiserit: posterioribus autem, etiam si princeps permittat. De aliis publica administratione fungentibus, itemque militibus ita scriptum est: in *L. qui officii. D. de contrah. empt.* qui officii caussa in provincia agit vel militat, prædia comparare in eadem provincia non potest: præterquam si paterna ejus a fisco distrahantur.

Quæ

17) Vid. P. Gilen. *de Præscr.* P. 3. C. 6. Habentur enim pro mortuis quoad societatem civilem, Vacon. 1. *Declar.* 18. *n.* 5. non absolute & in omnibus, de quo vid. Loriot. *de Jur. arte Tract.* 5. *Axiom.* 3. 4. & 5. Salomon. *in Paradox. in L. Gall.* §. *& quid tantum* 5. *f.* 27. Cujac. 3. *Obs.* 10. Hot. 3 *Obs.* 21. Pac. 6. *Q.* 59. A. Fab. 1. *Jurispr.* 11. *Pr.* 3. *Ill.* 1.

18) De his vid. plenius *infra Lib.* 12. *C.* 22.

Digitized by Google

Quæ exceptio, puto, ad superiores illos etiam post coostitotionem Jostiniani recte referetur. *arg. L. non est novum, & seqq. D. de legib.* Propter rem, de qua acquirenda agitur, ioterdum Jodæis & Paganis commerciom interdicitur, ut Christiani mancipii commercium, id est, acquisitio omnis, omnisqoe possessio. *L. unica, C. ne Christian. manc.*

XXXI. Hæc de priore genere eorum, qui sibi acquirere non possnnt. In quo suot, quibus ad acquireodum obstat conditio personæ. Alterum genus fuit eorum, quibus obstat sua ipsorum volnotas. Et volootate sua, quomions sibi acquirant, impediuntur omoes: si quid boc aoimo accipiaot, ut alteri acquirant. Jam ante attigi, & hic maxime statuendi locus est, quod quis alterius negotiom gerens comparavit, accepitve nomine ejus; ipsum sibi id acquirere noo posse, quia voluotas acquirentis refragetur. *L. multum. in fin. C. si quis alt. vel sibi. L. si genero. C. de jur. dot.* Omninoque sic se habet acquisitio per occopatiooem & traditionem: nt nihil hinc cuiquam acquiratur, nisi voleoti. Occupatio est naturalis apprehensio possessionis, a qua dominium proficiscitur jore gentium. *L. 1. D. de acq. poss.* Nulla autem possessio acquiritur sine animo. *L. 3. in pr. D. eod.* Io his vero rebus, quæ dominium per traditionem transferunt, ita regula traditur: nihil agi, nisi *concurrat affectus ex utraque parte contrahentium.* L. in omnibus rebus. *D. de action. & obligat.*

CAP. VI.

Personæ juri nostro vel in totum, vel ex parte juri nostro subjectæ, per quas nobis acquiratur, quæ. Per eas quid nobis acquiratur, & quatenus.

Continuatio: ubi & illa quæstio. Num alii quærat, qui sibi non acquirit. I.
Qui acquirunt alii, aut juri alieno subjecti, aut liberi. II.
Illi autem qui. III.
Filiifamilias sunt eadem conditione, qua servi in acquirendo aliis. IV.
Excepto castrensi peculio, aut quasi castrensi, & in adventitiis proprietate. V.
Servos acquirere domino quocunque modo. VI.
Præterquam cum animo sunt invito. VII.
Quas res domino servi non acquirant. VIII.
Non eos acquirere domino proprium factum. IX.
Non semper rem sub conditione legatam. X.
Non res hereditarias. XI.
Nec item possessionem rerum hereditariarum, aut partem hereditatis acquirere, servos hereditarios: & quare. XII.
Quid ex jure Justinianeo. XIII.
Servi acquirunt domino statim *& ignoranti & invito; & quomodo.* XIV.
Quæ excipiantur. XV.
Ignoranti domino possessionem quæri ex caussa peculii; scienti dumtaxat ex aliis caussis; & quæ differentiæ ratio. XVI.
Nec invito, nec ignoranti domino hereditatem quæri; & cur ita. XVII.
Immo nec volenti domino interdum, & quando servi acquisitionem domini ipsius præcedat, aut sequatur rati habitio. XVIII.
Quæ item discriminis ratio. XIX.
An servi, & libertini damnati ad metallum fisco acquirant. XX.
Hereditarius servus omnia acquirit hereditati præter ipsam hereditatem, usumfructum, & possessionem. XXI.
Cur hæc tria excipiantur. XXII.
Servus communis qua parte dominis acquirat. Et si ex unius pecunia acquirat omnibus, quo ipsi nomine caveatur adversus alios. XXIII.
Quod dominorum aliis non acquiritur, reliquis accrescit. XXIV.
Quominus acquiratur omnibus, impedit aut servi voluntas, aut acquisitæ rei conditio. XXV.
Voluntas servi quando & cui noceat ex dominis. XXVI.
Cui item quæsitæ rei conditio. XXVII.
Quid quærat fructuario servus, & quid domino. XXVIII.
Acquirere ex re fructuarii *aut* operis *quid valeat.* XXIX.
Extra has caussas quæsita quæ. XXX.
Hereditas proprietario quæritur, licet aditio servi intervenerit: factum ab opera quid discrepet. XXXI.

Quan-

Digitized by Google

I. Si quis sibi acquirere non potest: non dico de iis, quibus plane interdicitur commercium, sed de cæteris, puta quia servus est, vel quia filiusfamilias, & peculium profecticium est, aut adventiciorum ususfructus, vel quia alieno nomine quid accipit: sequens quæstio est, an quod sibi non acquirit, acquirat saltem aliis, puta nobis, ne inutile sit, quod ad acquirendum fecerit. In quo apparet proprie versari illam quæstionem, par quas personas nobis acquiratur, tractatam sub eodem tit. in Institutionibus & codice. Non continuo vero quod quis sibi non acquirit, id acquirit alii. Atque adeo ut plurimum ita fit, ut acquirat nulli: acquirit tamen alii interdum.

II. Quæ personæ nobis acquirant, earum duo sunt genera. Quædam sunt [1] juri nostro subjectæ: quædam liberæ, & ad jus nostrum nulla ex parte pertinentes. Per quas non similiter res nobis acquiruntur.

III. Quæ juri nostro subjectæ sunt, per quas conditione personæ nobis acquiratur: earum quatuor numerantur species, de quibus etiam agitur ordine in *Instit. Tit. per quas pers. nob. acq. & L. acquiruntur. D. de acq. rer. dom.* filii nostri quos in potestate habemus; servi nostri; servi alieni, in quibus usumfructum habemus; & ii quos bona fide possidemus, sive sint servi nostri, sive homines liberi. Adde & quintam speciem servorum alienorum, in quibus nudum tantum usum habemus.

IV. De filiisfamilias, exemplo cum servis collato, sic breviter & commode definiamus. Quidquid [a] per servum domino non acquiritur; id multo minus patri per filium iisdemque conditionibus acquiri potest. Major enim potestas est domini in servum, quam patris in filium, alioquin liberum hominem. Quare si major potestas non parit acquisitionem, sine dubio minor in iisdem caussis non pariet. Tale est, si quid filius stipuletur nominatim alii: si stipuletur sibi, quod in facto ejus consistat: si quid legetur ei sub conditione, & pendente conditione efficiatur sui juris: si quid admittat etiam nomine patris, quod patri invito acquiri non potest: de quibus in servis mox plenius cognoscemus. E converso quoque, quod per servum quæsitum domino acquiritur, id per filium acquiritur patri iisdem conditionibus.

V. Una bic exceptio est, propria in hac acqui-

[1]) Qui acquirunt propter vinculum potestatis. Propter quod cum unius personæ loco habeamur, id ad me pervenisse recte dicitur, quod per me ad eum pervenit *L. pervenisse 171. de V. S. P. Fab. ad L. 51. de R. I. p. 241.*

a) Esse tamen hanc differentiam vult post Accursium Cujac. 25. *Obs.* 4. quæ innuatur *L. 4. de acq. poss.* Quod servus acquirit, ignoranti domino acquiri, scilicet si nesciat id acquisivisse servum; non vero, si & nesciat suum esse servum: Patri autem acquiri, etsi is ignoret filium in potestate, *d. L.* 4. Ratio differentiæ. Patri acquiritur jure patriæ potestatis solo; non ratione possessionis, quia filius, ut liber homo, non possidetur: Domino vero acquiritur magis ratione possessionis per *L. 1. §. 6. de acq. poss.* Non possidet autem qui se habere ignorat. Ita Cujacius. Quæ a vero longe absunt. Nam nec lege ulla docetur, domino per servum, quem se habere ignoret, non æque acquiri, ut patri, *d. L. 4.* falsumque est domino jure potestatis non acquiri. Contra enim aperte *in L. ult. D. de stip. serv.* Nec minus vox servi vox domini, quam vox filii patris. Et ratione possessionis acquirit *d. L. 1. §. 6.* servus, non domino, sed alii, a quo bona fide possidetur, qua ratione & liber homo: atque ita etiam filiusfamilias illi, cui bona fide servit, acquirit, ut *h. Cap.* Et quod vero domino non acquirit, qui ab alio possidetur bona fide; non fit propter inscientiam domini; idem enim obtinet & si dominus sciat suum esse priusquam judicio repetit; sed propter bonam fidem possidentis, qua fit ut illi acquirat. Denique etiam servos, quos suos ignorat, dominus possidere potest. Pone. Ordinarius, qui longius abest in provincia, multos comparavit vicarios & mediastinos. Hos, quia in peculio sunt ordinarii *L. 17. de pecul.* dominus possidere incipit, vid. *Lib. 5. C. 8. N. 3.* (itaque ex ratione quoque Cujacii, per eos acquirit.) & si qui sint homines, nesciat. Quid si pater furiosus, an ei acquiretur? Affirmat argum. *d. L. 4. de acq. poss.* vid. pluribus hinc inde disputans Vasq. *3. Ill. Contr. C. 107. & ult.*

acqnisitione filiorumfsmilias, quam proinde in horum persona peculiariter spectari oporteat. Ea est, ut, si quid filius sibi quæsitnm velit, si etiam est ajnsmodi, ut jure ei acquiratur; eadem opera eveniat, ne patri acqniratur, efficiente id regula juris, quæ dictat, dnos ejnsdem rei dominos esse nou posse. *L.* 5. §. *ult. D. commod.* Hujus generis cat, pecnlinm castrense & quasi castrense: tum in adventiciis bonis horum proprietas. Quæ supra ita filio acquiri diximus; ut constet es fieri propria filiifamilias, nihil ex his ad patrem pertinere. Dixi si filius sibi quid qnæsitum velit. Nam si volet qnæsitum pstri, dnm quid aut nomine patris accipit, ant patri nominatim stipulatur: non dubitabimus statuerc, & acceptum & stipulationem patri acquiri, quanvis ex caussa peculii castrensis aut quasi castrensis traditnm accipiat, aut stipuletur. Ut pluribus ostendi sd *L. stipulatio ista.* 38. §. *alteri.* num. XXV. *D. de verb. oblig.* Adjaci, si res acquiratur filio. Nam si non acquiritnr, quod sibi accepit filius, id patri acqniretur. Similiter ut acqnireratur domino, quod servus sibi esset stipulatns. Hinc est, qnod placet, profecticinm peculium, quod filio non acquiritur, ad patrem redire, & in adventiciis usumfructum, qui filio ademptus est, ad patrem pertinerc. Esdem exceptione in sarvis ideo non utimur, quia sive aervns stipnlctur domino, sive sibi, semper domino acquirit: ut qni nihil possit sibi acquirere, qui snum habere nihil potest.

VI. De servis nostris generalis definitio est: qnod servus stipulatur, aut ex traditione accipit, aut quavis alia ex canssa acquirit, id domino acquiri. *L. acquiruntur.* §. 1. *de acquir. rer. dom.* §. *item vobis. Institut. per quas pers. nob. acquir.* Quod tamen non est perpetuum: idqua est, quod item in filiisfamilias servandum esse, atque hinc sumendum supra diximus. Nam neque sempar servus acquirit domino, neque res omnes, neque statim. Non semper servus domino acquirit, etiam si res alioqui acqniri possint, & dominus velit sibi acquiri. Acqnirit semper alias, quocumque modo stipuletur vel accipiat, puta vel domino, vel sibi, val conservo, vel impersonaliter, id est, nulls persona expressa, cui qnæsitum velit. §. 1. *Inst. de stipulat. serv. L. sive. D. eod.*

VII. Tunc non acquirit, cum aperte hoc animo est, ne domino acquirat: puta, cum nominatim atipulatnr alteri, aut alterius nomine quid accipit. *L.* 1. §. *si ex parte.* vers. *hæc quæ de servis. D. de acq. poss. L. per servum* §. *quod unius. D.* de *acq. rer. dom.*

VIII. Si de rebus qnæritur, acqnirit servns domino cætera omnia: tres res excipiuntur; factum servi; res snb conditione legata; & in servo hereditario res hereditaria. Factum [3] snum, si stipuletur aervus, veluti sibi ire agere licere, per fundum promissoris; ipsa quidem stipulatio domino acquiritur: factum qnod personæ servi cohæret ad dominnm non transit. Et ideo, si servus prohibetnr ire agere, committitur atipulatio: si dominus non committitur. §. *sed cum factum, Instit. de stipul. serv.*

IX. Res aub conditione legata, si mnnente in potestate servo, conditio exstiterit, domino acquiritur: si exstiterit, servo manumisso acquiritur mannmisso, non domino. Similiter nt re filiofamilias legata fieri ante diximus. *L. si uxorem. C. de condit. insert. L. quæ legata, D.* de *regul. jur.* Aliter, atque, si servus aut filiusfamilias qnid stipulstnr sit sub conditione, cujns stipnlstio pura domino aut patri acqnireretnr. Nam & hic stipulationem conditionalem placet statim domino, & patri acqniri, quantnmvis postea conditio, manumisso servo, ant filio emancipato axstiterit. *d. L. quæ legata, de regul. jur L. si filiusfamilias,* 78. *D. de verbor obligat.* Quam ntrnmque rationem haberet, ostendi ad *d. L. si filiusfamilias.*

X. Rem hereditariam aervus hereditarius heredi domino acquirere non potest: & nt est dafinitio in *L. per. hereditarium,* D. de acquir. rer. dom. *Per hereditarium servum, qucd est ejusdem hereditatis, heredi acquiri non potest: & maxime ipsa hereditas.* De rebns qnidem ipsis hereditariis nulla dubitatio: quoniam hereditate quæsita heradi (de quo herede hic agitnr) hoc ipso qnod res sunt hereditariæ, sunt factæ heredis. *L. cum heredes, D. de acquir. poss.* Quod autem alicujus est, id amplius ejus fieri non potest: §. *sic itaque. Inst. de act.* nt non

magis

3) Jus tamen stipulationis & hic domino acquiritur, factum per servum obeundum. Et perinde habetur, ac si dominus stipulatus sit, sibi per servum ire agere licere; & ad eam servitutem usurpandam servo, ceu instrumento uti. Connan. 2. *Comm.* 3. *n.* 5. Quæ facti sunt non transeunt ad dominum: *L.* 44. *pr. de cond. & dem.* Semper tamen acquiritur domino, sive res juris sit, sive facti, quia ex facto servi dominus capit emolumentum. Sic ex dicta stipulatione non habet jus eundi dominus, sed jus mittendi servum ut eat, & ex ea stipulatione domino actio datur, non servo. Pac. 1. *Q.* 28.

magis debuerit dici, has per servum hereditarium heredi acquiri non posse, quam per alium quemlibet, atque adeo per ipsum heredem.

XI. Sed pertinet etiam definitio ad possessionem rerum hereditariarum; &, ut apparet, ad partem ejusdem hereditatis: de quibus ideo justa fuit dubitatio, quia fieri potest, ut neutrum eorum adhuc sit heredis. Negant tamen generaliter veteres etiam hæc per servum hereditarium heredi quæri posse. De possessione rerum dicitur in *L.* 1. §. *veteres D. de acq. poss.* De hereditate superioribus verbis definitionis comprehensum est. Quod tamen posterius quomodo procedat, merito dubites. Nam si quis jam heres exstitit; hereditas ei quæsita est. Quod si quæsita, stulte quæritur, an ei per servum hereditarium possit acquiri hereditas, quæ amplius omnino ei acquiri non potest. Sed jus & quæstio 4) procedit in hac specie, si proponas extraneum fuisse heredem institutum ex parte, ex altera parte servum defuncti sine libertate, ut proponitur species in *L. penult. C. de necessar. serv. hered. instit.* Extraneus hic olim si hereditatem adiret: hereditas ei pro qua parte institutus est, acquireretur; & simul hic servus, qui erat in hereditate; qui quoniam non poterat acquiri pro parte, acquireretur heredi, qui solus est, in solidum totus. Neque tamen per eum servum heres poterat acquirere alteram partem hereditatis, nisi juberet eum adire. *L. si solus.* §. *ult. D. de acquir. hered.* Faciamus igitur heredem jubere, ut servus adeat, servum eja jussu adiisse. Quidni dicamus eam partem per eum servum heredi acquiri, ut solent per servos nostros res cæteræ? Hic vero cernitur usus superioris constitutionis, quæ docet ne sic quidem acquiri posse, quia servus esset hereditarius, per quem ejusdem hereditatis pars heredi acquireretur. Itaque oportebat aut eum servum manumitti, ut sibi acquireret hereditatem, aut alienari, ut acquireret novo domino jubenti. Quo tempore non abs re quæreretur, quid impediret ejusmodi acquisitionem, cum constet per eum servum hereditarium acquiri posse heredi res omnes alias. Cur enim non etiam possit eadem hereditas, a qua factus est hereditarius? idemque & de possessione licet nunc quærere, quam negamus in rebus hereditariis per servum qui sit ejusdem hereditatis, posse acquiri. Et probabilis ratio hæc est, quod & servus hereditarius, & cæteræ res hereditariæ, quæ sint ex eadem hereditate, quodammodo ejusdem universitatis, ac velut corporis partes sunt. Absurdum autem videri potest, unam partem posse domino acquirere aliam, ut una scilicet fungatur vice agentis, altera patientis, id est una, vice acquirentis, altera quæsitæ; cum omnes in hoc velut corpore eadem conditione esse oporteat.

XII. Hodie in parte hereditatis servo defuncti delata, cur hæc in specie superiore non possit acquiri heredi, laborare non oportet: quoniam ex constitutione Justiniani is servus ex ipsa institutione liber est. *d. L. pen. C. de necessar. serv. her. inst.* Ut proinde sibi acquirat hereditatem: non possit autem acquirere heredi, cujus servus non est.

XIII. Si quæritur de tempore acquirendi: placet servum, quod acquirit, statim domino acquirere, & quidem invito, ac non tantum ignoranti. *L. etiam invitis, D. de acq. rer. dom. L. servus vetante, D. de verb. oblig.* Et quod traditur regula juris: *invito beneficium non dari*,

4) Ita & Cujac. 24. *Obs.* 10. hoc intelligit de servo, non jacentis hereditatis, sed qui jam ad heredem pervenit, per *L.* 38. §. *ult. de acq. poss.* & ne incongrua sit collatio hereditarii cum legato, vel empto, in *d. L.* 1. §. 16 qui pervenerat ad legatarium, emptorem. Contra & rectius Gif. *ad d. L.* 18. Goth. *ad d. L.* §. 16. *in not.* quia hereditas acquisita denuo acquiri nequit. Neque hanc obirem removet species Donelli. Nam quomodo, parte hereditatis tantum Titio quæsita, servus hereditarius totus illi obvenit. Nec vera est ratio quod pro parte is acquiri nequeat, nam immo potest, sed pro indivisa, cujusmodi partes semper habet in singulis rebus hereditariis, qui non ex asse heres. Quomodo autem si totus Titio quæsitus servus vocatur hereditarius, si jam heredis Titii effectus in ejus exsistit patrimonio. Quid? Nunne una herede existente (ut in dicta specie, quia servus inutiliter scriptus pro non scripto est) licet ex parte assis is scriptus sit, & adeat: totam is hereditatem jure accrescendi consequitur? *supra Lib.* 7. *C.* 12. *N.* 2. Atque ita nec in illa specie quæstioni locus. Neque tamen probanda idea species Giftani: Titius instituit Mævium. Mævius apertis mandat Sticho servo hereditario, ut hereditatem adeat, ac sibi acquirat. Quæritur an possit. Neg. Ratio quia ante aditionem Mævii non est servus hereditatis. Male, quia cum hereditas per alium adiri nequeat *L.* 90. *de acq. her.* neque hic quæstioni, aut dubio aperiri locus. Quid quod ille ipse facto, mandando scilicet Titius ipse pro herede gessit, hereditatem acquisivit. vid. *Lib.* 7. *C.* 9. *N.* 5. ut & in hac specie quæstioni obsistat ratio rei unius non pluries acquirendæ. Quid igitur? Nove puto casum talem fingendum, quo servus & mansit hereditarius, & ipse heres institutus; Is hic erit: Stichus servus bona fide possessus a Mævio, cum proprietatis jure ad Sejum spectaret, a domino nesciente jus suum in servo instituitur contemplatione Mævii, id est non alia intentione ac fine; quam ut ad Mævium, cui hereditatem quæsitam volebat testator, quemque dominum Stichi esse falso putabat, hereditas perveniret. Post obitum testatoris Seji compertum fit Stichum ad hereditatem pertinere. Quæstio hic ac elegans dubium an Stichus jussu Mævii cui bona fide servierat adeundo illi hereditatem domini sui acquirat. Quod videri posset tum, quia constet de voluntate testatoris, tum quia aliam hereditatem contemplatione possessoris sibi relictam Stichus bona fide possessori acquireret. Ut hoc *Cap. infra.* Contra tamen placuit, cum res non ferat ut idem sit acquirens & acquisitum. Simul enim cum cæteris rebus & se acquireret Mævio.

dari, non acquiri: L. invito, *D. de reg. jur. L. hoc jure*, §. *non potest. D. de donat.* superiori sententiæ non adversatur. Acquiritur enim primum volenti servo, quatenus naturaliter acquiri potest. Quæsitum per consequentiam necessario ad dominum transit, quoniam quæsitum subjicitur ei potestati, in qua est servus: ea autem potestas est domini. Ratio reddita in *L. ult. D. de stipul. serv.* Principaliter ac primo invitis nobis nihil acquiritur: per consequentiam infinita. Fundus nobis non acquiritur invitis: acquisito si quid per alluvionem accedat, invitis acquiritur, quia factum est ejus fundi, qui noster est. *L. adeo.* §. 1. *& seq. D. de acq. rer. dom.* Area invitis non acquiritur: areæ quæsitæ si imponatur superficies, ea velimus nolimus, nostra fit, quia soli conditionem sequitur. *L.* 1. *D. de superf.* Et sexcenta alia.

XIV. Sed ne hoc quidem usquequaque verum est, etiam invitis nobis per servos nostros acquiri. Ideo in *d. L. etiam invitis, de acq. rer. dom.* additur *pene ex omnibus caussis*: ut intelligamus non accidere id in omnibus. Duæ autem res excipiuntur, possessio, & hereditas servo delata. De possessione ita traditur, non solum proprietatem per eos, quos in potestate habemus, nobis acquiri, sed etiam possessionem. *d. L. acquiruntur.* §. *non solum. de acq. rer. dom. d.* §. *item vobis. Inst. per quas pers. nob. acq.* Recte utrumque; sed suis conditionibus. Proprietas acquiritur etiam invitis; possessio non nisi volentibus, eoque nec proprietas, si ex possessione nascitur dominium, ut fit in iis, quæ occupatione, aut traditione acquiruntur. *L.* 1. *in pr. D. de acq. poss. L. traditio.* §. *ult. D. de acq. rer. dom.*

XV. Si quid servus ex caussa peculiari tenet, nobis possessio acquiritur ignorantibus quidem: attamen non nisi volentibus, quasi voluntate nostra intelligatur possidere, qui ei peculium habere permiserimus. *L.* 1. §. *item acquirimus. D. de acq. posses.* Extra caussam peculiarem si quærat aliquid; non acquiritur nobis possessio, nisi scientibus. *L. peregre.* §. 1. *D. eod.* Id facit conditio possessionis. Hæc non acquiritur nisi animo & corpore. *L.* 3. *in princ. D. eod.* Sed corpore ita, ut possit acquiri tum nostro, tum alieno, cujus ministerio in hac re utimur: *d. L. peregre.* §. 1. at animo non nisi nostro, quia valle non possumus alieno. De quo plura scripsimus, ut in loco supra. Lib. V. Cap. VIII. Hinc est, quod Jabolenus scribit *in L. quod servus, D. de acquir. posses.* quod plane huc pertinet, quod servus vi possidet, id dominum non possidere: omninoque eum, qui in nostra potestate est, ignorantibus nobis non corporalem possessionem, sed justam posse acquirere. Addit rationem ex superiore jure petitam, quod per servum domino ignoranti solum acquiratur, quod in peculio servi est. Quod vero ex maleficiis apprehenditur, id non sit in peculio.

XVI. Hereditas defertur servo, sive ipse heres institutus est, qua ex re etiam defertur ei bonorum possessio secundum tabulas; sive rogatus est heres ei hereditatem restituere. Quidquid horum inciderit, hereditas per servum domino invito aut ignoranti acquiri non potest, sive adeat hereditatem servus; sive bonorum possessionem petat; sive restitutam ex fideicommisso hereditatem suscipiat. *L.* 6. *in princ. D. de acquir. hered. L. servo* 65 *in princ. D. ad Trebel.* Quippe inquit Ulpianus in *d. L.* 6. non potest invitum hereditati obligare eum, in cujus est potestate, ne is æri alieno obligetur. At hoc futurum est, si hereditas invito aut ignoranti acquiritur, hæc enim obligat nos æri alieno. *L. more, D. de acq her.* Ratio exceptionis sumpta ex regula naturæ, quæ dictat neminem posse alterius conditionem deteriorem facere. *L. solvendo, D. de neg. gest.*

XVII. Sed nec statim suscepta a servo hereditas volenti domino acquiritur. Alias enim voluntas acquisitionem præcedere debet: alias eam sequi sufficit. Adituro hereditatem servo jussum domini præcedere oportet: jussu non præcedente dominus aditionem servi ratam habere non potest. At in bonorum possessionis petitione, & susceptione hereditatis fideicommissariæ, cum hæc in persona servi intervenerint, potest ratihabitio domini subsequi, quæ confirmet ei acquisitionem. *d. L.* 6. *in pr. L. si quis mihi* §. *jussum. de acquir. hered. d. L. servo. in princ. ad Trebell.*

XVIII. Cur hæc tam varie? Dixi supra Lib. VII. Cap. VI. quod nihil oberit hoc loco planius repetere; eo fieri scilicet, quia quod non præcessit, ratum haberi non potest: si quid precessit, potest. Aditio servi, quæ domini jussum non habet, plane non est aditio. Hæc enim non tantum facti est, sed etiam juris. Facti quidem est, ut servus velit hereditatem adire: sed & juris maxime, quia adire est ita adire, ut simul hereditatem

susci-

suscipias. Id quod verbum adeundi indicat. Est enim adire, quasi venire in hereditatem, ac sic ad eam accedere, ut eam acquiras. Servus vero injussu domini hereditatem suscipere, & isto modo adire non potest. Quare quæ facto etiam ipso nulla est aditio, ea a domino rata haberi non potest. At adire magistratum, & ab eo petere bonorum possessionem nomine domini sui, item suscipere restitutam hereditatem, seu consentire animo in restitutionem, omnia sunt ejusmodi, quæ natura dici possint facta esse, & verum sit esse facta, & si forte hereditatem non acquirant. Non ergo mirum, si quæ vera præcesserunt, possint rata haberi.

XIX. Sed sive invito domino, sive tantum volenti per servum res acquiri potest: semper jus facit, ut quod per servum acquiritur, debeat domino acquiri. Ex hujus enim solius persona servus & stipulandi & acquirendi jus habet. *Inst. de stipulat. serv. in pr.* Ex hujus persona & testamenti factio, & generaliter juris civilis communio, quæ ad acquirendum spectet, cum servis admissa est. *L. non minus. D. de hered. inst.* Nam alioqui ex sua servi pro nullis habentur jure civili, ut ante dixi. *d. L. quod attinet. D. de regul. jur.* Quocirca si servus dominum non habet, per eum nihil omnino acquiri potest, non domino, quem non habet: non ipsi, qui jure nullus est.

XX. Sunt autem servi, qui dominos non habent. Hi sunt servi damnati in metallum, vel opus metalli, aut ut olim apud Romanos, damnati ad bestias. Hi enim damnatione efficiuntur servi pœnæ, nec præter pœnam alios dominos habent, ne fiscum quidem, aut principem. Unde & servi pœnæ dicuntur. *§. pœnæ. Inst. quib. mod. jus patr. pot solv. L. quidam sunt. D. de pœn.* In eadem caussa sunt liberti ni eodem modo damnati. Non item ingenui. Nam ingenuos ullos damnatione servos fieri vetat Justiniani constitutio, ut suo loco diximus. *Novel. de nupt. §. quod autem.* & *§. si vero.* De hoc genere ergo ita traditum est, si quod in metallum dato, vel in opus metalli extra caussam alimentorum relictum sit, pro non scripto esse; nec ad fiscum pertinere: quasi nec Cæsaris servo datum, sed pœnæ. *L. 3. D. de his quæ pro non script. hab. d. L. sunt quidam. D. de pœn.*

XXI. Hinc quæsitum de servis hereditariis, id est, iis, qui sunt in hereditate nondum adita: si quid hi stipulentur, aut per traditionem accipiant, an consistat factum, & an ulli res acquiratur. Nam hi natura dominum non habent, ex cujus persona consistat, quod geritur. Non defunctum, qui morte esse desiit: non heredem, qui adhuc nullus est: non hereditatem, quæ non est persona. Jus autem non patitur quidquam a servo aut cum servo gestum valere, nisi ex domini persona, ut modo dixi. Sed generaliter placuit cum servis hereditariis omnia recte geri, quæ fierent si dominus eorum viveret: similiter & per eos omnia recte acquiri, quæ vivente domino acquirerentur. Neque ideo mutari jus certum, quod ad vim eorum, quæ fiunt, & ad acquisitionem dominus servorum exigit. Hæreditatem enim nondum aditam jure civili pro domina haberi, & sustinere personam defuncti, ut ex hujus persona omnia vires assumant. *L. non minus. §. 1. D. de her. inst. §. servus etiam. Inst. eod. L. in eo. §. ult. L. hereditas. seq. D. de acq. rer. dom.* Hoc tamen receptum cum hac exceptione, nisi si quid sit, quod ut cuiquam acquiratur, factum domini, aut operam desideret. Hæc enim cum in hereditatem rem inanimatam non cadant, rerum natura repugnat, quominus, quæ in ea caussa sunt, hereditati quæri per servum possint. *d. L. hereditas.* 2. Hujus generis tria sunt; hereditas, ususfructus, possessio.

XXII. Cum servis hereditariis, ut ante dixi, testamenti factio est, ut sive instituatur heres servus hereditarius, sive jubeatur ei restitui hereditas, consistat & institutio & fideicommissum. *d. L. non minus. §. 1. de hered. instit.* Sed hereditas ita ei delata per eum acquiri non potest: quia ad acquirendam hereditatem præcedere debet jubentis domini aut ratum habentis voluntas: hereditas autem jubere, aut ratum habere non potest. Hoc in *d. L. hereditas.* 2. De usufructu ibidem ita traditur, usumfructum, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiri. Id sic explicatur in *L. 1. in pr. & §. 1. D. quand. dies ususfr. leg. ced.* Usumfructum ex fruendo consistere, id est, facto aliquo ejus, qui fruitur & utitur. Ideo tunc eum constitui, cum quis jam frui potest. Hac ratione placet, si servo hereditario ususfructus legatur, quamvis cætera legata hereditati acquirantur, in usufructu tamen personam domini debere expectari, qui uti & frui possit. Possessionem jam ante dixi dominis per servos extra caussam peculiarem non acquiri, nisi scientibus & volentibus. *d. L. peregre. §. 1. de acq. pos.*

Digitized by Google

pos. Porro hereditas non magis velle potest, quam potest superiora.

XXIII. Et sunt hæc ejusmodi, quæ omnem acquisitionem contineant eorum, quæ per servos dominis quæri possint, si quidem servi unum dominum habeant. Quod, si servus sit communis plurium dominorum, hic nascitur nova quæstio duplex. Una de personis acquirentium: altera de rei quæsitæ partibus: illic quidem utrum quod quæritur per sarvum communem, acquiratur semper omnibus dominis: hic autem, si quæritur, pluribus, quatenus acquiratur; utrumne ex æquis & virilibus portionibus; an vero pro dominicis. Et si quod servus acquirit, ideo acquiritur uni domino, quia is dominus est: necesse est, ut quod per servum communem quæsitum erit, id acquiratur [5] omnibus dominis, quia omnes domini sunt; & acquiratur, quatenus sunt domini, id est, non ex æquis partibus, sed pro his, quibus dominium in servo habent. Quod & placit. *L. communis. D. de acq. rer. dom. L.* 5. *D. de stipulat. serv.* Usque adeo, ut quanvis servus communis acquisierit quid ex re alterius dominorum, puta rem emerit ex pecunia ejus; tamen id commune efficiatur, ut est in *d. L. communis.* quod tamen ibidem ita temperatur, ut is ex cujus re acquisitum fuerit, possit communi dividundo judicio præcipere eam summam, quæ illi eo nomine abest.

XXIV. Et quod de partibus dominicis dicitur, perpetuum est, ac necesse ita statui, cum si quid dominis acquiritur, id ut dominis, & qua domini sunt, acquiratur. At non item semper, quod servus communis acquirit, id omnibus dominis acquiritur. Sunt, quibus acquiri noo potest. His vero non acquiritur; cæteris acquiritur solidum.

XXV. Quominus autem acquiri possit uni alicui ex dominis, aut voluntas servi facit, aut res de qua acquirenda agitur.

XXVI. Voluntas servi, si quibus is quæsitum nolit. Ut enim si servus unius domini stipuletur alteri, quam domino, aut traditum accipiat alterius nomine, quam domini, domino noo acquirit, ut supra diximus: *L. per servum*, §. *quod unius, de acq. rer. dom. L.* 1. §. *hæc quæ de servis. de acquir. poss.* ita necesse est, etsi sarvus communis plurium erga quosdam ex dominis ita affectus sit, his non acquiri. Hinc receptum, ut si servus nominatim alicui ex dominis stipuletur, vel traditum accipiat, soli item ei acquirat, *L.* 5. *de stipulat. serv.* §. *ult. Instit. eod.* scilicet quia unius nomina rem gerendo aperte id agit, ne acquirat cæteris. Inde idem admissum, etsi non nominatim domino stipuletur, aut rem accipiat: sed jussu unius dominorum. Ibidem quippe *jussus* pro nomine accipitur: id est sic accipitur, quasi servus illi tantum nominatim stipulatus esset, a quo jussus est. *L. si servo*, 31. §. *si duos*, vers. *idemque. D. de usufr.*

XXVII. Res quæsita domino obstat, quominus ei acquiratur, si sit res ejus, quam aut stipulatur servus communis, aut per traditionem ab eo accipiat. Rem unius ex dominis servus stipulando, inutiliter ei stipulatur, quia rem suam nemo stipulari potest, coque nec servus domino. *L. scire*, §. *ult. D. de verb. oblig.* §. 1. *Instit. de inutil. stipulat.* Ideo quod huic acquiri non potest, solidum alteri acquiritur. *d.* §. *ult. in fin. de stipul. serv.* Similiter etsi unus ex dominis servo communi pecuniam donet, non ut in peculio servi sit; sed quomodo alienis servis donare solemus: donatio ejusmodi ast, ut cæteris sociis, qui rei domini non sunt, acquiri possit: donanti autem, cujus res est, non possit acquiri, quia quod alicujus est, id ejus amplius fieri non potest. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Ideo placet pecuniam fieri reliquorum sociorum communem, ut quod donanti acquiri non potest, id [6] cæteris solidum acquiratur. *L. per servum*, §. 1. *L. qui bona*, *in fin. D. de acq. rer. dom.* Cui conveniens est, quod traditur in *L. si duo. D. eod.* Ut si duo domini servo communi rem tradiderint, acquiratur alteri ab altero. Rem tradiderint; sic accipe, singuli rem suam, ut transferrent: quo casu datum ab uno acquiretur alteri; & vice mutua quod hic alter dederit, cedet soli alteri.

XXVIII. Da sarvis, in quibus ususfructus alienus est, ita scriptum est in *L. acqui-*

5) Vid. hac de re Joan. Copus *Lib.* 3. *de Fructib. Tit.* 3. *C.* 2. Pac. §. *Q.* 91. & 7. *Q.* 38.

6) Immo pro portione, quam in servo habebant, ut sunt verba *d.* §. 1. Quare ei, qui donavit, pars rursus obveniet. Gifan. *d. L.* 27. §. 1. *n.* 5. & 6. scribens ita obtinere in donatione *d.* §. 1. & stipulatione *L.* 7. §. 1. ibi *præter eam partem*, de stip. serv. ut & ipsi domino a quo accepit, vel stipulatus est servus, partem acquirat. Ratio dubitandi quia is noluit rem habere, uec etiam partem illius quod donando promittendove testatus est. Ratio decidendi, quia hæc acquisitio fit quoque invito. Aliud in legato *L.* 49. ibi, *communi autem servo* ad *L.* Falc. Ratio differentiæ Legata post mortem demum cedunt, quo tempore alteri socio leganti acquiri nequit. Quomodo & Marq. Freh. 2. *Parerg.* 18. verum ex ea ratione, quia unus ex dominis alteri socio legatum per communem servum destinans, servum non pro suo, sed pro alieno habeat. Sed prior ratio firmior.

quiruntur. §. *de iis. de acq. rer. dom.* & §. *de iis. Inst. per quas pers.* placere, ut quidquid *ex re fructuarii*, vel *ex operis suis* acquirunt, id fructuario adjiciatur. Quod vero *extra eas caussas* consecuti sunt, id ad dominum proprietatis, (id est, ad proprietarium. *L. quod fructuarius. D. de acq. rer. dom.*) pertineat.

XXIX. Quid ait ususfructus, quia fructuarius, quis proprietarius, dicetur postea suo loco in jure rerum privatarum. *Ex re fructuarii* est, quod propter rem fructuarii consecutus est servus, ut haberet, aut quod sine re fructuarii habiturus non esset, veluti, si quid emat ex re fructuarii. Et ideo cum servus fructuarius rem emit, & ei tradita est prius, quam pretium solvat, in pendenti est, cui acquirat: pecunia autem soluta id declarabit, quæ si fructuarii erit, res fructuario acquiretur; si proprietarii, proprietario. *L. servus.* §. *ult. D. de acquir. rer. domin. Ex operis servi est*, quod opera alii præstita ob hanc solam paravit, mercedem scilicet operæ consecutus. Ut, si servus pictor præstet alicui operas pictorias, faber operas fabriles. Harum operarum merces est id, quod dicimus parari ex ejus operis.

XXX. Extra *has caussas* habentur, quæ aut ex re pecuniave alterius servus consecutus est, puta ex peculio quod a proprietario habet; aut sine re cujusquam ex aliena liberalitate proficiscitur, ut si quid servo donatum, legatumve sit, si servus sit heres institutus. Idcirco placet nihil horum per servum fructuarium fructuario acquiri, sed omne proprietario. *d.* §. *de iis. Inst. per quas pers. d. L. acquiruntur.* §. *de his. de acquir. rer. dom.*

XXXI. De hereditate a quibusdam olim dubitatum est, eo quod in aditione servi factum ejus aliquod interveniret. *L. liber*, *D. de acquir. rer. dom.* Sed obtinuit nec hereditatem fructuarium servum fructuario acquirere posse. *L. fructuario. L. acquiruntur.* §. *de his. de acquir. rer. domin. L. si quis mihi in princip. D. de acq. hered.* Nec quidquam ad rem pertinet, quod in acquirenda hereditate aditio servi intervenit; ac sine ea non potest acquiri hereditas ne domino quidem, cum possit servus etiam jubente domino nolle adire. *L. 3. C. de hered. instit.* Nam & illud obtinuit aditionem non esse in opera servili. *L. aditio*, *D. de acquir. hered. d. L. fructuario. de acquir. rer. dom.* Et recte. Factum enim servi intervenit in aditione servi, quod constat. Sed aliud est factum, aliud opera. Factum sine labore esse potest. Opera autem est labor: certe nulla opera sine labore. Quod illa declarant, cum dicimus rem multæ operæ, idest, multi laboris: facere aliquid debita opera, quod valet, adhibita diligentia & studio. Hic labor nullus est in aditione servi, quia aditio sine ullo labore uno etiam verbo transigi potest, ut dicat servus se hereditatem adire, seu se velle heredem esse. §. *ult. Instit. de her. qualit. & differ.*

XXXII. Sed utraque pars superioris definitionis cautione indiget. Primum illud non est perpetuum, fructuario acquiri, quod ex re ejus servus acquirit. Non acquiritur ei, si quid servus stipuletur, aut accipiat nominatim proprietario, aut si proprietarii jussu, quanvis quæsitum ex re fructuarii *L. adhuc interesse* 30. §. *denique L. sed etsi*, 25. §. *quæstionis*, Merito. Nam nec servus proprius acquireret domino suo, quod alterius nomine quæsitum voluit, *L. per servum*, §. *quod unius*, *de acq. rer. dom.* Hac ratione si fructuarius quid donet ex re sua servo fructuario, id proprietario acquiretur, dum ita donet, ut extraneis solemus. Sic enim non vult quæsitum sibi. *L. quod fructuarius*, *argum. in L. per servum*, §. 1. *de acq. rer. dom.*

XXXIII. Quod autem dicimus neque legatum, neque donatum, neque hereditatem per fructuarium servum fructuario acquiri, sic intelligendum est: si non donatum relictumve sit contemplatione fructuarii, idest, ita, ut velit donator, testatorve datum ad fructuarium pertinere. Quod hujus contemplatione datum, relictum est: placet ei per servum fructuarium acquiri, & quidem hereditatem ipsam, *L. si servi*, & *L. seq. D. de usufr.* Non quod hic quidquam excipiatur de præcedente definitione: sed potius quod hic in ea obscurum est, explicatur, doceturque quod ita datum est, extra duas illas caussas superiores non acquiri. Et res ita habet. Non acquiritur id, quod contemplatione fructuarii datum est, ex opera servi: at intelligitur acquiri ex re fructuarii, postquam qui donavit, aut reliquit, rem fructuario quæsitam voluit. Ut merito ex regula ipsa superiore debeat ad eum redire. *L. aditio. in fin. D. de acq. her.*

XXXIV. Neque huic sententiæ contrarii sunt ii loci, quibus generaliter traditur, hereditatem fructuario acquiri non posse. *L. fructuario*, *de acq. rer. dom. L. si quis mihi*, *in pr. D. de acq. her.* Satis est enim alibi exstare istam sive interpretationem, sive quis mavult, exceptio-

ptionem, nisi servus sit heres institutus contemplatione fructarii, ut videatur exceptio in illis ipsis locis generalibus inesse. Certe hac ratione inerit, quod placet, *in toto jure generi per speciem derogari*. L. in toto jure, *D. de reg. jur.* sic enim fit, ut exceptio de specie generali definitione alibi positæ hanc partem detraxerit, ut reliquum solum in definitione maneat.

XXXV. Interdum quæritur, quod ex re fructuarii quæsitum esse constat; quatenus ei acquiratur. Quod accidit in hac specie, cum duo sunt fructuarii, & ex alterius re servus est stipulatus, aut quid emit, & traditum ex ea caussa accepit. Quæritur enim, *utrum totum, an pro parte, qua habet usumfructum, ei quæratur.* Quibus verbis ponitur hæc quæstio in *L. si servo* 31. §. *si duos, D. de usufr.* Atque hinc ambigendi caussa. Nam si servus communis duorum dominorum ex re alterius jus acquisierit: nihilominus utrique acquirit, ut sit id amborum commune. *L. communis, D. de acq. rer. dom.* Multo igitur magis dicendum videtur, si servus communis duorum fructuariorum ex re unius quid acquirat, ne hoc quidem ei, cujus ex re est, solidum acquiri debere, sed partem dumtaxat: atque hinc evenire, ut reliqua pars, quæ alteri fructuario, cujus ex re non quæritur, acquiri non potest, acquiratur proprietario, quia quidquid per servum fructuarium quæsitum non acquiritur fructuario, placet proprietario acquiri. *L. acquiruntur*, §. *de his*, *L. quod fructuarius, D. de acq. rer. dom.*

XXXVI. Et refert Ulpianus in *d. L. si servo.* 31. §. *si duos. D. de usufr.* Scævolam scribere, vulgo creditum, rationemque (puta superiorem) hoc facere, ut in proposito pars dumtaxat fructuario quæratur, pars domino. Contrarium idem Ulpianus scribit & quidem de sententia ejusdem Scævolæ in *L. qui bona.* §. *ult. D. de ac. rer. dom.* solidum nimirum acquiri fructuario, cujus ex re servus acquisierit. Loquitur quidem Scævola de eo servo, aut libero homine, qui bona fide serviat; sed quod in eo, qui bona fide possidetur, juris est: idem esse constat & in servo fructuario. *d. L. acquiruntur.* §. *idem juris. L. quod fructuarius. D. de acq. rer. dom.* Et essent hæc contraria, nisi Ulpianus in *d. L. qui bona, in fin. eod.* aperte ostenderet duas in hac specie fuisse partes sententiæ Scævolæ, quarum in priore posuerit priorem illam sententiam, quam scribit vulgo creditum verum esse: in posteriore scribat sibi id non probari, sed magis illud, ut quod ex re unius ex fructuariis acquisitum est: id solidum ei acquiratur. Idque est, quod Ulpianus ait, prius quidem initio [7] scripsisse & retulisse Scævolam: sed in inferioribus posterius istud probare. Ergo prior pars hujus sententiæ refertur ab Ulpiano in *d. L. si servo.* § *si duos D. de usufr.* Verum ut sciamus referri tantum ab eo, neque aut ipsi probari, aut Scævolæ: ipse in *d. L. qui bona.* §. *ultim.* plenam sententiam Scævolæ refert, in qua nominatim ostendit Scævolæ tandem in extremo aliud placuisse, quod & ipsum Ulpianus sequitur. Idque argumento ipsius servi communis duorum dominorum, quo videbantur alii moveri. Nam & illud receptum est, inquit, ut quoties communis servus omnibus acquirere non potest: soli ei acquirat, cui potest. Partem ergo singulis, si potest acquirere singulis; si non potest; tum solidum ei acquirat, cui potest. Quod & in duobus bonæ fidei possessoribus, & in duobus fructuariis, quorum unius ex re quid quæsitum sit, recipiendum est.

XXXVII. De iis, quos bona fide possidemus, idem jus, quod de fructuariis. Estque hæc definitio: ut qui bona fide alicui servit, sive servus [8] alienus est, sive homo liber, quidquid ex re ejus cui servit, acquirit; quidquid item ex operis suis, id ei cui servit, & a quo bona fide possidetur, acquirat. *d. L. acquiruntur.* §. *idem. placet. L. liber. in princ. D. de*

7) Hujusmodi κρυφύτετοι, ut nec alibi unquam ita & hic mihi fixam sedem non præstat. (fertilissimus verbis Contii v. *Subsec. lect.* 3. antinomiarum posthac dissolvendarum campus, si modo Justiniani majestatem non minueret) *d. L.* 25. §. 6. vim legis non habere, sed nudam relationem veteris Scævolæ, ipsi auctori postea reprobatæ, opinionis. Nec ideo cum Cujac. 4. *Obs.* 1. in *d. L.* 23. § *ult.* pro *in solidum* repono *partem*, quem refellit *L.* 19. *de stip. serv.* ut recte Gifan. *ad L.* 23. *n.* 18. cum quo tamen Accursium sequuto, dicere nolim acquiri, in *d.* § 6. partem domino, sed sine effectu, cum restituenda sit possessori condictione sine caussa. Quod nullatenus ferendum, tum ne inanis sit decisio, tum quia nec sic pugna dirimitur, cum acquisitio dominii & obligationis utique differant. Potius discrimen inter fructuarium *d. L.* 25. § 8. & possessorem *d. L.* 23. § *ult.* agnosco, plenius huic jus tribuens arg. *L.* 25. §. 1. *de Usuf.* vel ideo quod illic adsit, cui pars altera acquiri potest, videlicet proprietarius; hic autem desit, cum, si pars tantum possessori pro parte tribueretur: altera nec pervenire possit ad possessionis socium, quia non ex re illius acquisivit; nec ad dominum, qui ignoratur, quia regula est: quicquid ex re bonæ fidei possessoris servus alienus quæsivit, domino non acquiri. Nec obst. *d. L.* 10. §. 4. Nam loquitur de fructuario uno, itemque uno bonæ fidei possessore, non pluribus.

8) Etiam furtivi *L. etiam* 39. *de acq. dom.* quia quod usucapi nequeunt, obstat vitium rei. Ad acquisitionem autem sufficit, si persona possessoris vitio careat, Gifan. *in d. L.* 39 Non tamen pignorati *L.* 37. *pr. d. l.* quia possidentur pro alieno.

Digitized by Google

D. de acquir. rer. dom. Sed quatenus possessor bona fide possidebit, & quandiu ita possidebit. Si cœperit scire, eum, qui bona fide servit, alienum esse, aut liberum; continuo per eum acquirere posse desinet *d. L. qui bona. in fin. princ. L. quæsitum. D. de acq. rer. dom.* Sed & hic in duobus bonæ fidei possessoribus idem servatur, quod modo dixi in duobus fructuariis, ut si quis duobus bona fide serviat: utrique acquirat, sed singulis ex re sua; & quod ex re unius quæsierit, solidum ei acquirat. *d. L. qui bona, §. ult. de acq. rer. dom.* Quod extra istas caussas acquiritur, placet vel ad ipsum, qui bona fide possidetur, pertinere, si liber est; vel ad dominum, si servus est. *d. L. acquiruntur. §. idem L. quod fructuarius. D. eod. d. §. idem, Inst. per quas person.* In hac caussa esse maxime hereditatem, donatum, legatumve. *d. L. liber. L. homo. in princ.* Sed & hoc in ejus persona, qui bona fide servit, eadem conditione recipiendum, nisi quid donatum, relictumve sit contemplatione bonæ fidei possessoris. Sic enim videbitur datum ex re bonæ fidei possessoris proficisci. Qua de caussa etiam placet hereditatem hoc casu ei acquiri. *d. L. aditio. in fin. D. de acq. her.*

XXXVIII. Quod ipsum rursum ex *L. liber homo, de acquir. rer. dom.* ita temperandum est, si liber homo conditionis suæ ignarus hereditatem jussu possessoris adeat. Quod si sciens conditionem suam adierit: ipse fiet heres, quamvis fuerit gratia possessoris institutus. Id autem ex eo loco ita sumitur. Observandum est ibi referri primo sententiam sive Lucii, sive Aristonis existimantis, verius esse, per eum, qui bona fide mihi serviat, hereditatem mihi non acquiri; & adjicitur, *etiam si testator ad me voluisset pertinere.* Quod si affirmanter diceretur, neque mutaretur postea: non temperaret superiorem sententiam, sed aperte ei adversaretur, eoque & *L. aditio, in fin. D. de acquir. her.* Sed mutatur postea. Subjicitur enim ad extremum sententia Labeonis, quæ sic accipienda est: ut ad priores omnes sententias, quæ ibi a Pomponio commemorantur, vel reprehendendas, vel interpretandas referatur, id est non tantum ad proximam sententiam Trebatii, sed etiam ad priorem illam, quam dixi, sive est Lucilii, sive Aristonis. Sic ergo Labeonis sententia subjicitur: *Labeo contra si liber homo ex necessitate adiisset. Quod si ita, ut & ipse vellet, ipsum fieri heredem.* Adit *ex necessitate*, qui conditionis suæ ignarus putavit se servum esse, & necessitate potestatia cogi, ut adiret. *L. atqui natura, §. 1. D. de neg. gest.* Vult contra sponte sua id facere, qui conditionem suam sciens sponte adit, ut hoc sic explicatur in *L. homo, in princ. de acq. rer. dom.* Ergo his verbis, *Labeo contra, si ex necessitate adiisset*, utriusque præcedentis sententiæ reprehensionem contineri intelligo; & hoc dici, neque liberum hominem *ex necessitate* adeuntem heredem fieri, ut Trebatius proxime dicebatur sensisse: & hereditatem possessori jubenti acquiri per eum, si testator ad possessorem pertinere voluerit, quod Aristo vel Lucilius negabat. Eamque sententiam loci esse, ex eo existimari potest, quod constat ex aliis locis fuisse hanc sententiam Labeonis: ut putaret, si relictum quid esset gratia fructuarii, aut bonæ fidei possessoris, sive legatum, sive hereditas; id his acquiri. In persona fructuarii id a Labeone scriptum esse refertur in *d. L. si servi, de usufr.* Non dubium, quin de bonæ fidei possessore, cujus eadem ratio est in hac acquisitione, idem scripserit, aut probaverit. Et hactenus congruit sententia Labeonis, itemque *d. L. liber*, cum *L. aditio, in fin. D. de acq. her.*

XXXIX. Illud proprium statuitur in libero homine, qui nobis bona fide servit, in *d. L. liber*, ut si heres sit institutus, & se liberum esse sciens, sponte hereditatem adeat: ipse fiat heres, id est ipsi acquiratur hereditas, non possessori. Idque etiam si testator voluerit hereditatem ad possessorem pertinere. Nam id prius generaliter dictum erat ex sententia Aristonis aut Lucilii; & quæ prius dicta erant, in hoc casu posteriore probat Labeo. Cur ergo, quæ hereditas relicta est contemplatione possessoris, non acquiritur possessori per liberum hominem, qui bona fide possidetur, si is conditionis suæ non ignarus sponte heres adeat? Quia isto modo vult ipse heres esse: & ut vult, ita voluntate sua efficitur, quia potest. Voluntate autem sola acquiritur hereditas ei, qui potest esse heres. *§. ult. Inst. de her. qual. & diff.* Semel ei quæsita hereditas ad alium transire non potest, ne si velit quidem. *L. 2. C. de her. vel act. vend.* Quod de servo fructuario aut libero homine bona fide possesso qui se servum putat, dici non potest. Hoc enim statu personæ non potest velle heres esse, qui aut servus est, aut se talem putat. Quo fit, ut in hoc errore libero homini hereditatem jussu possessoris adeunti hereditas quæri non

non possit. Quæ cum ei non acquiratur, nihil jam obstat, quominus si contemplatione possessoris relicta est, possit ei, velut ex re ejus profecta acquiri.

XL. Illud notandum, quod adjicitur in *d. L. liber.* Si liber homo gratia possessoris institutus, hereditatem sponte sua adeat conditionis suæ non ignarus, ipsum sic heredem fieri, ut tamen, voluntate testatoris probata, restituere debeat possessori hereditatem. Hoc enim prius dictum erat in *d. L. liber.* Neque hoc mutat Labeonis sententia. Sed & hoc voluntati testatoris congruit, quæ quia directo valere non potest, valebit jure fideicommissi. *L. Scævola, D. ad Trebell.* Et in eo hæc sententia Papiniani tenenda est; *in caussa fideicommissi utcunque precaria voluntas quæreretur, conjecturam voluntatis admitti.* L. cum proponebatur, 64. *D. de leg.* 2.

XLI. Sed meminerimus huic distinctioni locum esse in hereditate libero homini relicta contemplatione possessoris. Quod si ille possessoris gratia aperte institutus non erit: tum sine exceptione recte dicetur, hereditatem possessori per eum non acquiri, quia neque sit hereditas ex re possessoris, neque ex opere adeuntis, *d. L. liber*, illic, *sed hereditatem.*

XLII. Sed an quæ possessori non acquiritur, eam liber homo acquiret sibi? Prius diximus, quod neque ex re possessoris, neque ex operis suis acquirit is, qui bona fide servit, id vel ad ipsum pertinere; si liber est; vel ad dominum, si servus est. Hoc in servo bona fide possesso verum & perpetuum est, dum voluntas aperta servi non refragetur. Nam servum domino suo quidvis acquirere posse constat. *d. L. acquiruntur*, §. 1. *de acq. rer. dom.* In libero homine etiam recte dicitur in his rebus, quæ illi etiam ignoranti quæri possunt, ut in legato. In hereditate autem, quæ ut ipsi quæratur, voluntatem & animum desiderat, hæc distinctio Labeonis tenenda est: ut, si sciens se liberum esse, sponte adeat: fiat heres; sin putet se servum, & jussu possessoris quasi parere necesse habens adeat; non sit heres, eoque [9] nulli acquirat hereditatem. *d. L. liber, in fin. L. homo, in pr. D. de acq. rer. dom.* Quæ distinctio hanc rationem habet, quod utroque quidem casu liber homo potest heres fieri, si velit: sed priore vult heres esse, ac delata hereditas voluntate acquiritur: §. *ult. Inst. de her. qual. & diff.* posteriore non vult. Nulli autem nisi animo acquiritur hereditas. *Ibidem.* Itaque in *d. L. liber.* Merito reprehensus est a Labeone Trebatius, qui putabat liberum hominem bona fide servientem, si jussu ejus, cui serviret, hereditatem adiisset; heredem ipsum fieri; nec interesse, quid senserit, sed quid fecerit. Immo quid senserit, hic maxime spectandum est, cum, ut dixi, non nisi animo hereditas acquiratur. Sed etsi spectemus id, quod fecit, idem dicemus. Adivit enim hereditatem: sed hoc animo, ut acquireret possessori, cui serviebat, non sibi. Quæ res facit, ut neque illi acquirat prohibente jure, neque sibi cessante voluntate, ut dicitur *in L. si genero, C. de jur. dot.* Qua ratione cognita generaliter probandum est, quidquid liber homo bona fide serviens possessori non acquirit: id nec ad ipsum pertinere, si ei nisi voluntate ejus acquiri non potest: ipse autem se servum putat, & necessitatem acquirendi sibi incumbere existimat. Ut si quid stipuletur non ex re possessoris.

XLIII. Per servos alienos, in quibus usum tantum habemus, quid nobis acquiratur, quoniam scripsi infra libri sequentis Cap. XXV. ut loco ita præcipue exigente, inde potius sumi jubebo.

9) *L. 25. pr. D. de acq. her.* Pertinebit igitur hereditas ad legitimos. Vid. Duar. de *Acq. her.* C. 4. Gifan. *ad d. L. 19. de acq. dom. n. 2. & 3.*

Digitized by Google

CAP. VII.

Per liberam personam, quæ juri nostro subjecta non sit, quid nobis acquiri possit, & quibus conditionibus.

Acquiritur nobis interdum & per liberam personam. I.
Possessio dumtaxat, & quod ex ea est dominium, seu usucapiendi conditio. II.
His conditionibus tamen; si & nostro nomine possessionem nanciscatur; & nos per eam possidere velimus. III.
Acquirimus aut naturaliter, *aut* civiliter, *& quæ utroque acquirendi modo continentur.* IV.
Civiliter *non acquirimus per liberam personam: & quare.* V.
Unde civilis acquisitio: & cur ea ad legata etiam pertineat, & fideicommissa. VI.

I. EST ergo hæc ratio acquisitionis quæ contingit per alios in his personis, quæ juri nostro sive in totum sive ex parte subjectæ sunt. Est &, ubi per extraneam personam, ideat liberam, & quæ juri nostro nullo modo subjecta sit, nobis acquiratur. Sed receptum in rebus certis tantum, & his paucis, idemque certis conditionibus.

II. Res summa & principalis, cui hoc tributum est, una nempe [1] possessio; quam per hujusmodi personas nobis acquiri placuit: *L. 1. C. per quas person. nob. acq.* sed ita, ut per consequentiam aliæ accedant, qui acquirere volenti ex justa possessione nascantur. Id autem est dominium, si dominus sit, qui tradit: si non sit: usucapiendi conditio, ut aliis locis declaratur, ut *§. ex his, Institut. per quas person. nob. acq. L. traditio. §. ult. D. de acquirendo rer. domin.*

III. Conditiones autem ad hanc acquisitionem duæ. Primum ne quid per extraneam personam nobis acquiratur: ac ne per procuratorem quidem nostrum, tutorem, curatoremve, nisi hoc animo sint, ut operam suam dumtaxat nobis accommodent. Qui si suo nomine nacti erunt possessionem: hanc nobis acquirere non possunt. *L. 1. §. per procuratorem, D. de acq. poss.* Merito. Nam nec servi nostri acquirunt nobis, si hoc animo ingrediantur possessionem, aut accipiant quid ut acquirant aliis. *d. L. 1. §. si ex parte,* versic. *hæc quæ de servis, eod. L. per servum, §. quod unius, de acq. rer. dom.* de quo scripsimus plura supra Lib. V. Cap. X. Hine est, quod dicitur in *L. res ex mandatu. D. de acq. rer. dom.* rem ex mandatu meo emptam non prius meam fieri, quam si mihi tradiderit, qui emit. Hoc enim de eo dictum est, qui emit quidem meo mandatu: sed suo nomine emptam & sibi traditam accepit. Quæ ideo fit ejus voluntate domini per traditionem. *§. per traditionem, Instit. de rer. divis.* Sed mandati judicio eam rem, & si forte ei res evicta sit, evictionis actionem mihi contra venditorem cedere cogitur. *L. possessio, 49. §. ult. D. de acq. poss.* Deinde & hæc conditio est, ut ipsi [2] velimus possidere, quod alius extraneus nostro nomine possidere cœperit. *L. ea quæ, D. de acq. poss.* Et ita est, ut supra dixi, ratio acquirendæ possessionis, ut nobis non acquiratur, nisi animo & corpore. *L. 3. in princ. D. de acq. poss.* Neque hic procuratorem excipimus. Sed non persequar hanc partem longius, cum de ea quod satis sit, scripserimus supra Lib. V. Cap. VIII.

IV. Unam possessionem cum dicimus per extraneam personam nobis acquiri posse: apparet quid de cæteris rebus relinquatur, in quibus acquisitio non per prehensionem possessionis, sed aliter jure civili contingit, nempe hoc: ut cætera per hujusmodi personas nobis acquiri non possint. Atque hinc illa distinctio rerum *civiliter & naturaliter* quæsitarum, quæ traditur in *L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* in hæc verba: *Ea quæ civiliter acquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt acquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet, volentibus nobis posside-*

1) Quia in iis, quæ sunt facti, licet uti alieno ministerio; *L. 39. de neg. gest.* non in iis quæ juris, Gilan *ad L. 13. de acq. dom. n. 5.* Quia ibi intervenit actus naturalis ad idem. Diversum est in actione personali, quæ acquiritur per actum civilem Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 58 n. 14.

2) Quæritur quidem possessio & ignoranti *L. 1. C. de acq. poss.* & tamen non nisi volenti. Potest enim tunc ingredi possessionem extraneus, cum ignoramus, mandato tamen nostro, aut volentibus nobis, si ratum postea habemus. Donellus noster ad *L. 1. C. Per quas pers. n. 11. & seqq.*

sidere, *acquirimus*. Naturaliter acquiri dicitur sola possessio, & per hanc dominium, quia hæc ratio rerum acquirendarum sola cognita est jure gentium, si quis rem prehendat & possidere incipiat; a qua possessione & dominia rerum cæperunt. *L.* 1. *in princ. D. de acq. poss.* Quod si jure gentium, etiam naturali, quia utrumque pro eodem usurpatur. §. *singulorum*, *Instit. de rer. divis.* Civiliter autem contra acquiri dicuntur, in quibus acquirendis nulla est ejusmodi possessionis corporalis prehensio. Quarum rerum duo sunt genera: incorporales, & si quæ sunt corporales, alienæ, quæ sine ulla traditione jure nobis acquirantur. Incorporales sunt, ut stipulationes, obligationes, actiones, & similes, *inst. de reb. corp. & incorp.*

V. De his traditum variis locis, per extraneam personam eas res nobis acquiri non posse, ut *L.* 1. *C. per quas pers. nob. acq. L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri*, *L. si ita stipulatus*, 126. §. *Chrysogonus*, *D. de verb. oblig. L. quæcumque gerimus*, *D. de oblig. & act.* Cur ergo hæ non possunt potissimum? quia civiliter acquiruntur, inquam; & jus civile istam per alios acquisitionem non agnoscit. Quamobrem, declaravi ad *d. L. stipulatio ista*, §. *alteri de verb. oblig.*

VI. Acquiri autem dicuntur civiliter ideo, quia hujus generis res natura non sunt: tantum consistunt jure civili; quod eas perinde habet, quasi vere essent. Quam ob caussam & jure consistere dicuntur. *Instit. de reb. corp. & incorp.* Jam vero quæ natura non sunt, manifestum est ea nec natura acquiri posse. In eadem caussa sunt res corporales, quæ alicui delatæ, sine ulla traditione ei acquiruntur. Ut sunt legata & fideicommissa. Itaque nec per quemquam legatarium, qui sit extranea persona, nobis acquiri posse recte dixerimus, quamvis proponatur is, qui nostro nomine ea agnoverit.

De jure rerum privatarum.

CAP. VIII.

In jure rerum privatarum primum jus esse eorum, quibus res quæsitæ sunt, quod dominium & proprietatem vocamus. Quid sit horum utrumque.

Transitio, & rerum privatarum origo indicata. I.
Res privatæ quæ sint, & quis sit hujus cognitionis usus. II.
Privatarum rerum cognitio personis & earum in res privatas jure continetur. III.
Jus in rem privatam semper obtinet rei dominus; & si quis habet aliquid ex jure dominico. IV.
Rei dominus qui sit; & unde ita nuncupetur. V.
Rerum corporalium proprie esse, & vocari dominium. VI.
Tractandarum rerum partitio, & ordo. VII.
Summum domini jus in rem frequenter appellari dominium; *interdum* proprietatem, *& quod sit Etymon utriusque.* VIII.
Dominium *proprietatis, ususfructus, servitutum usurpari a veteribus: sed cum adjuncto semper, & minus proprie.* IX.
Plena domini definitio, & fusior hujus explicatio. X.

I. PErsonis cognitis, quibus & per quas acquiri potest, ventum est ad summam eorum, quæ rerum acquisitio desiderat. Perficitur enim in summa hæc acquisitio, cum res quæ in commerciis est, justis & constitutis modis quæsita est vel per nos, vel per alios, quibus & per quos jure quæri potest. Quibus de rebus huc usque dictum est. Constituta acquisitione rerum, habemus res privatas & res singulorum, quas in hac acquisitione quærebamus.

II. Sunt enim res privatæ, quæ sunt singulorum. *L.* 1. *D. de rer. divis.* singulorum, quæ cuique superioribus modis jure acquiruntur. §. *singulorum*, *Instit. de rer. divis.* Cognitio per se inutilis, ut & cæterarum rerum, de quibus in divisione rerum proposita diximus, si non amplius hic quærimus, quam quæ sint res privatæ. Sed cognitio huc spectat, ut quemadmodum in superioribus generibus de jure earum fecimus: sic in hoc genere cognoscamus, quo item jure res privatæ habeantur, id est in rebus privatis quid sit suum cujusque. Quod in omnibus

bus rebus nobis propositum est quærere, postquam hic finis juris est, ut quod suum constiterit esse cujusque; id cuique tribuatur. Res privatas in jure & potestate privatorum, seu singulorum esse constat. Inde enim dicuntur res esse humani juris, & in his, quæ hujus juris sunt, esse privatæ, id est, privati juris & singulorum. *d. L.* 1. *D. de rer. divis.*

III. Hic vero duo quæruntur, quibus hæc cognitio continetur. Primum quinam jus habeant in res privatas. Deinde quodnam id jus sit & quantum, quod his tribuitur.

IV. Res privatas non omnium in jure esse ipsum nomen demonstrat. Ideo enim dicuntur res privatæ, ut intelligamus non esse usu publicas aut communes. Ideo singulorum, ut intelligamus non esse omnium, sed certorum & singulorum. Quapropter hoc ante omnia constituendum est, quos istos esse velimus, qui jus in rem privatam habeant: tum deinde de jure eorum quærendum. In rem privatam jus habent duo hominum genera: dominus rei, & si qui sunt, quibus ex jure dominico aliquid in rem tribuitur. Dominus quidem semper, quia semper est aliquis rei privatæ dominus. Alii non semper, quia non semper sunt, quibus præter dominum aliquid juris in rem tribuatur. Sunt tamen interdum; de quibus ordine dicetur.

V. Dominum rei vocamus eum, cui res ita, ut supra dictum est, quæsita est, atque hoc modo ejus facta est, ut esset propria. Unde rem aliquam nostram esse, & rem nobis acquiri, & nos ejus rei effici dominos, & ejus rei dominium seu proprietatem in nos transferri pro eodem usurpari passim legimus, maxime quidem sub Titulo *D. de acquir. rer. dom.* sed præcipue hic usus notari potest in *L. qua ratione*, §. *hæ quoque res* §. *item si quis merces*, §. *hoc amplius*, *L. traditio*, §. *ult. eod. tit.* Dominus dictus 1 a domo, ut intelligatur is, qui in domum, in res quæ domi sunt, quæque ad domum referuntur, jus potestatemque obtinet: ut declaratur illo versu Enoii sæpe usurpato a Cicerone, *O domus antiqua quam dispari domino dominaris*: in quo apparet dominum & dominari a domo velut conjugatione consulto esse deducta. Et ita generaliter dominus dicitur veteribus is, cujus res est, seu cui jure quæsita est, ut quæcumque res sit, quæ sit alicujus, quanvis incorporalis, hunc ejus rei dominum vocent. Itaque & dominum hereditatis legimus pro herede. *L. his verbis*, *in princ. D. de her. inst.* & dominum proprietatis pro eo, cujus est proprietas, seu proprietario. *L. acquiruntur*, §. *de iis*, *L. quod fructuarius*, *D. de acq. rer. dom.*

VI. Sed & dominium ususfructus, & dominium servitutum legimus in eo, qui usumfructum aut servitutes jure quæsitas habet. *L.* 3. *D. si ususfr. pet. L. semper*. §. *hoc interdicto*, *D. quod vi aut clam.* Verum hæc 2 ex similitudine magis, quam res incorporales cum corporalibus gerunt, quam ex proprietate verbi. Nam ut domus corporalis res est; sic domini verbum inde deductum proprie usurpatur in rebus corporalibus, ut sit is cui res corporalis quæsita est: & dominium eodem modo. Unde titulus de acquirendo rerum dominio cum in Pandectis, tum in Institutionibus earum dumtaxat rerum acquisitionem continet. Distinguiturque ex professo a titulis de usufructu, de servitutibus, & similibus rebus quæ in bonis nostris habentur. Sed & actio in rem, quæ dicitur competere ei, qui aut jure gen-

1) *Facit L.* 195. §. 2. *ibi*: qui in domo dominium habet de *V. S.* Macrob. 1. *Saturn.* 11. Cujac. 10. *Obs* 18. Rob. 3. *Sent.* 18. licet P. Greg. 1. *Synt.* 12. *n.* 2. Grecum *δομάω* id est, subjicio, derivet. & Alc. *in L.* 17. §. *differentia* 1. *de acq. posses.* ἀπὸ τῦ δόμεναι, a dando. & Gifan *ad Rub. D. h. t. n.* 4. a vetusto verbo, *Dubenus*, quod ab Hebreo Thob. quo bona significantur. Antiquis *dominus* dictus qui convivium exhiberet, & *dominia* convivia, non quævis tamen, sed quæ domi celebrarentur. Lucilius *Satyr. Lib.* 15. Primum dominia, inquit, atque sodalitia omnia tollantur, per *sodalitia* intelligens quæ non in domo quisque sua, sed publicis locis magistratus, seu sodalitates præbebant, refer. Connan. 3. *Comm.* 3. *n.* 1. & 10. *Comm.* 5. *n.* 7. de quo & Cujac. 11. *Obs.* 12. Succedente ætate domini appellatio, ita ampla & superba Romanis habita, ut & Imperatores maxime Augustus & Tiberius, eam recusarint, Sueton *in Aug.* C. 53. Dio *Lib.* 55. Tacit. *Lib.* 2. de quo A. Guib. *in Polyhist.* C. 16. Fr. Juret. *in not. Lib.* 1. *Epist. Symmachi. Epist. in edit. illius* 8. *edit.* Lectii 14. Scip. Gentil. 2. *Parerg.* 22. Sed id posterior ætas mutavit, titulo eo honoris communi effecto, Gifan. *ad Rub. h. t. n.* 4. Rob. 3. *Sent.* 18.

2) Alciat. in *L.* 17. *de acq. poss.* n. 14. ut jurium quasi possessio, ita & eorum non propria, sed veluti dominium. Cujac. 10. *Obs.* 16. Possessionis, ususfructus dominus dicitur per abusionem, sicut maritus uxoris pater, patronus. Duar. 1. *Disput.* 17. Coras. 6 *Misc.* 20 P. Greg. 1. *Synt.* 12. *n.* 7. Cepolla *de Ser. urb.* C. 21. *n.* 2. & Gifan. *ad Rubr. D. h. t. n.* 13. & *seqq.* ubi *n.* 17. scribit divisionem recentiorum, quod dominium aliud sit proprietatis, aliud possessionis, aliud ususfructus, esse nominis potius, quam rei. Recte. Nec obstat quod dominium simpliciter tribuitur rebus incorporalibus. Nam & possessio de iisdem absolute prædicatur *L.* 3. *Si us. pet. L. ult. de itin. act. priv.* nec tamen proprie. Sane cum sæpe fructuarios, creditor, &c. domini esse negentur: *L.* 11. *de dam. inf. L.* 43. §. *ult. de furt. L.* 1. §. 1. *Si ag. vect. pet.* & dominis opponantur: *L.* 13. §. 1. *L.* 19. *pr. de dam. inf. L.* 1. § 3. *de remiss.* & *simil.* alibi domini vocentur: expeditior hæc ratio componendæ dissensionis. Dim. Hotom. *Disput. Feud.* C 35. Fornec. *in L.* 25. *de V. S.* Vasq. 1. *Ill. Contr.* 17. *n.* 7. & 2. *Ill. Contr.* 51. *n.* 22. & *in Præfat. Lib.* 2. *de Success. progressu n.* 177. 10. del Castillo *Quotid. Contr. de Usufr.* C. 32. *n.* 18. Pac. 7. *Q.* 17. quodammodo Rob. 3. *Sent.* 18. & 3. *Animad.* 9. maxime vero Vult. *in pr. I. de R. D. n.* 19. & *seqq.* Goedd. *in L.* 25. *n.* 7. & *in L.* 49. *n.* 7. & 8. *de. V. S.* Val. Guil. Forst. *Tract. Justin. Disp.* 6. *Q.* 6.

Digitized by Google

gentium aut civili dominium acquisiit, *L. in rem D. de rei vind.* non alia intelligitur, quam quæ de rebus singulis corporalibus competit. *L.* 1. *L.* 5. §. *ult.L.* 6. *vindicatio. D. eod.*

VII. Quantum autem juris dominus quisque in re sibi quæsita habeat, seu quid cuique liceat in re sua, sic facillime consequemur. Uniuscujusque domini in re sua jus unum summum est, quod appellamus dominium. Ejus juris certæ sunt partes. Et ne forte hæ frustra domino tributæ sint, unicuique parti suæ tuendæ, seu obtinendæ idonea remedia jure sunt constituta, & attributa dominis. Quæ his partibus adjuncta, ejusdem juris partes tanquam accessiones faciunt. Ex his quædam imminuuntur interdum, quædam interdum excipiuntur, quæ partim transferuntur in alios, partim etiam non transferuntur. Quare si cognoverimus, quid sit dominium; quæ dominii hujus partes; quæ remedia his partibus tuendis attributa; quid ex his partibus imminuatur domino, aut non imminuatur: planissime & sine ullo errore cognoscemus, quod sit jus cujusque domini in rebus privatis, dum totum velut ex suis & certis partibus extruemus.

VIII. Domini, ut dixi, jus unum summum est, quod ex persona ipsa, cujus est, *dominium* appellatur, quod verbum in acquisitione rerum privatarum passim occurret. Atque hinc Titulus ipse *de acquirendo rerum dominio*. Et quæ res nobis quæsitæ nostræ fiunt, earum etiam, ut dicimur domini; sic & dominium dicitur, id est jus ipsum domini in nos transferri, & nostrum esse. Liceat ex innumeris locis paucos notare docendi caussa. *L. traditio*, §. *ult. L. nunquam*, *L. si procurator meus*, *L. non est novum*, *D. de acq. rer. dom. L. in rem*, *D. de rei vind. L. si quis vi*, §. 1. *D. de acq. poss.* Hoc idem jus nostris [3] dicitur proprietas, eadem plane significatione. Nam & cui res acquiritur, dicitur in eum proprietas transferri, dum illud idem significatur, hujus fieri rem, eum dominum effici, & quod idem est, dominium ei acquiri. *d. L. qua ratione*, §. *hæ quoque.* juncto. §. *item si quis merces.* & §. *hoc amplius. L. cum in corpus. D. de acquir. rer. dom.* Et recte. Is enim dominus est, cui res jure quæsita propria ejus facta est. Ut ergo dominium a persona recte dicitur jus quod domini est: sic a re quæsita recte proprietas, idem illud jus, quod est in re, quæ domini propris facta est.

IX. Interdum quidem legimus proprietatem separatam ab usufructu. §. 1. *Instit. de usufr.* Et quoties usufructu constituto nominatur proprietas, ibi intelligitur proprietas nuda, id est, ab usufructu separata. *d.* §. 1. & §. *ult. Institut. de usufruct.* Unde proprietarius, qui eam proprietatem ita habet, ad discrimen fructuarii, qui usumfructum habet a proprietate separatum. *L. quod proprietarius*, *D. de acq. rer. dom. L. sed etsi quid.* 22. *D. de usufr.* Sed nihil hic proprium hujus verbi. Nam & dominium usurpatur eodem modo. Ut de adventiciis bonis, quorum proprietatem placet acquiri filiofamilias; usumfructum patri. Sic ubique loquuntur in hac re Justiniani constitutiones; ut dicant usumfructum patri acquiri; dominium filio. *L. cum oportet.* in princ. *L. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.* Obtinuit tamen, quod supra attigi, usu veterum, ut interdum paulo largius dominium usurpetur in re omni, quæ nostra est. Unde, quæ dixi, *dominium* proprietatis pro dominio, quod est in proprietate separata ab usufructu; *L. si tibi. D. quib. mod. usufr. amitt.* ut & *dominum* proprietatis pro proprietario, id est, eo, qui solam proprietatem habet. *d. L. acquiruntur.* §. *de iis. L. quod fructuarius. D. de acq. rer. dom.* Et similiter *dominium* ususfructus, & *dominium* servitutum. *d. L.* 3. *D. si ususfruct. pet. d. L. semper.* §. *hoc interdicto. D. quod vi aut clam.* Sed rarum hoc est: nec unquam dominii verbum sic accipitur, nisi cum nominatur cum adjuncto, ut dicatur *dominium* proprietatis, ususfructus, servitutis. Sed adjunctum tunc abuti nos verbo *dominii* declarat. Ut cum dicimus, fructuarium naturaliter possidere. *L. naturaliter.* in princ. *de acq. poss.* Qui tamen absolute, id est, proprie & vere non possidet. *L. acquiruntur.* §. *ult. de acq. rer. dom.*

X. Sit ergo proprie *dominium* jus domini in re sua, & *dominus* is, [4] cui res corporalis quæsita est: ac proinde *dominium* id jus in re corporali. Id jus recte ita definitur, ut ad eam sententiam definitum legimus a Bartolo in *L. si quis vi.* §. *differen-*

3) Consentit Duar. 1. *Disp.* 17. Cujac. 10. *Obs.* 16 P. Greg. 1. *Synt.* 12. n. 6.

4) Dies. diversimode Rob. 3. *Sent.* 18. Vult. in §. 1. I. de *Usufr.* n. 3. Gedd. ad d. L. 25. n. 7. & ad d. L. 49. n. 6. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 4. Greg. Lopez. *Animadv.* C. 6. Io. del Castillo de *Usuf.* C. 75. Alciat. *ibid.* Duar. d. C. 17. Gomez. in L. *Taurin.* 45 n. 5. Aliter P. Greg 1. *Synt.* 12. n. 3. Vasq. 1. *Ill.* 17. n. 4. Gifan. in *Rubr. D. h. t.* n. 21. Vult. & Gedd. dd. *locis.*

ferentia, *D. de acquir. poss.* ut sit dominium: jus de re corporali statuendi, ut quis velit, nisi si quid jure prohibeatur. Jus esse de re pro arbitrio statuendi satis declarat illa sententia, quæ legitur in *L. in re mandata*, *C. mand.* unumquemque rei suæ moderatorem esse & arbitrum. Ea enim res nostra est, cujus domini sumus. *L. qua ratione. §. hæ quoque.* & *§. hoc amplius*, *de acq. rer. dom.* dominium autem jus domini. Cur dicamus de re corporali, supra expositum est. Non semper tamen licet domino statuere per omnia, ut velit, de re sua. Sæpe hæc potestas minuitur jure: neque eo minus dominus est is, cujus jus ita minuitur, veluti cum in re nostra usufructus alienus est; servitutes impositæ, *L. recte*, *D. de verb. sign.* emphyteusis; superficies constituta; pignus constitutum creditori; alienatio rerum interdicta. De quibus postea suo ordine dicetur. Recte ergo in definitione hoc excepimus, nisi si qua in re, una, aut pluribus prohibeatur dominus de re statuere. Non dixi, nisi si *quid vi aut jure prohibeatur*, ut additur in definitione libertatis. *L. 4. D. de stat. hom.* quoniam vi prohiberi potest dominus, ne de re sua statuat, ut velit, dum prohibetur rem possidere, aut possessa uti. Sed vis non facit, quominus, qui de re non potest statuere propter vim; jus tamen statuendi habeat. Necesse fuisset vim excipi, si dominium definiretur facultas statuendi, ut velis: quoniam hæc facultas & vi & jure inhiberi potest. Ideo utrunque exceptum in definitione libertatis, quia libertas definiebatur naturalis facultas. *d. L. 4. de stat. hom.* Nunc autem dicimus, dominium esse jus; hoc vero jus nobis vis aliena non adimit.

CAP. IX.

Dominii partes quinque. Quæ sint; & quæ remedia cuique parti obtinendæ constituta. Inter cæteras tractatum fusius de usufructu tertia hujus juris parte, & expositum, quid sit illud, quod dicitur, usumfructum partem dominii esse.

Quinque dominii partes ex ipsa rei definitione deductæ, & suo ordine recensitæ. I.

1. *Cuique domino rem tenendi, possidendive jus esse. Quid* jus possidendi *differat a* possessione. II.

Duplicis generis prodita domino & possidenti, & non possidenti a jure remedia ad obtinendam possessionem. III.

Possidenti duplex defensio: adversus illatam vim inculpata ejusdem vis propulsatio; & adversus quemcunque petitorem, justi dominii exceptio domino tributa. IV.

Exceptio tamen domino adimitur, quando possessionis cum eo, non rei controversia est, nisi præsentem ille dominii probationem afferat. V.

Possessionis occasione de interdictis uti possidetis, utrubi, quorum legatorum *obiter. Cui competant & quando; cujus rei gratia sint instituta; & an jus domini minuant.* VI. VII. VIII.

Cur interdicti unde vi *adversus dominum dejicientem mentio prætermissa.* IX.

Non possidenti domino ad rem suam recipiendam quot & quæ sint a jure constitutæ actiones. Quæ harum vis, & potestas. Cui competant, adversus quos; & quando & quo ordine instituendæ. X. XI. XII.

2. *Ut cuique rem suam incolumem habere, ac tueri liceat, tribuitur* jure domini XIII.

Incolumitati tuendæ rerum nostrarum diversa pro qualitate damnorum, quibus eædem læduntur a jure domino statuta remedia. Quæ illa; & cur eadem obiter hoc loco indicata. XIV. XV. XVI.

3. *Ut re sua quisque possit uti frui pars est dominii potissima & finis præcipuus.* XVII.

Partem dominii esse rei usumfructum quæ ostendant expresse in Digestorum Libris *veterum sententiæ.* XVIII.

Item quæ ratione & argumento idem conficiant juris locorum testimonia. XIX.

Item obviam itum contrariis: ideoque L. & per jusjurandum §. illud D. de acceptil. *explicata.* XX.

Superior definitio in L. usufructus 4. D. de usufr. *tradita quomodo*

Digitized by Google

modo latius & plenius ab auctore exprimatur. XXI.

Adversus illum qui nos uti frui vetat, quot & quae actiones constitutae. XXII.

4. *Ut liceat nobis etiam non utentibus ab usu rei nostrae alios excludere, est hoc etiam ex* jure domini. XXIII.

Quae sit talis juris *obtinendi ratio.* XXIV.

5. *Et postrema. Ad jura domini pertinet alienandi diminuendive facultas. Quibus illa partibus constet, & quomodo semper domino conveniat alienatio.* XXV.

Quae sint adversus eum qui alienare vetat aut cogit, domino prodita juris auxilia. XXVI.

Duo summa genera dominii apud veteres : Fructus & mancipium, *seu possessio.* XXVII.

I. HOc jus de re libere statuendi natura hæc continet, atque hoc ordine. Ut enim de re liceat, quod volumus, primum est, ut eam teneamus; Proximum, ut habeamus incolumem: Nam vitiatæ aut nullus usus; aut non idem, qui integræ; Tertium, ut cum habebimus, ea utamur fruamur pro arbitrio & commodo nostro; Quartum, ut liceat de ejus usu concedere aliis, quantum videtur: si nihil videtur concedendum, etiam non utentibus, ab ejus usu prohibere cæteros; Postremum, si rem retinere nolumus, liceat vel alienare eam, & in quem velimus transferre, vel etiam si libet, perdere. Natura, inquam, nos docet hæc omnia pleno utendi & de re statuendi jure contineri. Quare non dubitabimus quin dominii hæ velut partes sint quinque, in quibus hoc jus consistat: ut qui dominus sit rei, idem dominii jure omnes habeat. Prima, jus tenendæ & possidendæ rei. Secunda, licere incolumem tueri. Tertia utendi fruendique jus. Quarta, jus ab ejus usu arcendi quoslibet. Postrema, jus alienandi diminuendive.

II. Primam partem dominii esse statuimus jus tenendi possidendive. Non dico esse possessionem. Hæc enim dominii pars non est ullo modo. De quo hæc Ulpiani sententia est, nihil commune habere proprietatem cum possessione. *L. naturaliter*, §. 1. *D. de acq. poss.* Quod ille alibi sic interpretatur, ut nihil habeant hæ conjunctum natura sua: quasi qui unam habeat, necesse sit eum etiam alteram tanquam conjunctam habere. Potest quidem idem possessor esse, & dominus, sed nulla necessitate conjunctionis. Fieri enim potest, inquit, ut alter possessor sit, dominus non sit: alter dominus quidem sit, possessor vero non sit. Hoc ille in *L.* 1. §. 1. *D. uti poss.* At jus tenendæ & possidendæ rei, quod dixi, id demum dominii pars est. Pars ita dominii propria, ut quisquis dominus est, consequi possit suo jure, ut rem teneat, possideat. Si tenet, possessionem sibi tueri potest. Si non possidet; potest persequi & recipere.

III. Quas ad res & possidenti defensio, & non possidenti rei, possessionisque persecutio jure proposita est: remedia scilicet opportuna ad obtinendam possessionem.

IV. Defensio tenenti duplex, ut sunt ea, quibus possessio oppugnatur. Si quis vi rem auferre, aut de possessione fundi dominum ejicere conatur: remedium commune est omnibus adversus vim propositum: ut liceat *ad defendendam possessionem cum inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare*, ut est in *L.* 1. *C. unde vi.* Sic enim in universum jus est & gentium & civile, vim vi depellere licere. *L. scientiam*, §. *penult. D. ad legem Aquil. L. ut vim*, *D. de justit. & jur.* Id & ad res recte possessas tuendas pertinet. *Moderatio inculpatæ tutelæ*, quam lex exigit, ea intelligitur, cum quod fit adversus vim, *tuendi dumtaxat* caussa fit, *non etiam ulciscendi*, ut explicari videtur in *d. L. scientiam*, §. *penult. ad legem Aquil.*

V. Quod si quis judicio cum domino agit, ut rem & possessionem ei avocet: hic adversus omnem petitionem parata est domino justi dominii exceptio, qua agentem removeat. Nam, cum omnibus bonæ fidei possessoribus, quasi domini sint rei proposita sit Publiciana in rem actio adversus omnes alios ejus rei possessores: §. *namque*, *Instit. de actionib.* placet, justi dominii exceptionem Publicianæ opponi, *L. penultim. & ultim. D. de Publician.* ut, si quidem dominum esse constet eum, cum quo agitur, actio non detur: sin de eo sit controversia, ita detur actio, ut exceptioni sit locus *L. nam posteaquam*, *D. de jurejur.* Quæ sit etiam adversus bonæ fidei possessores competit: multo magis alios omnes, qui minus juris habebunt, removebit, tuebiturque dominum possessionem.

VI. Quod tamen sic accipi debet, si agatur adversus dominum de jure habendæ rei, non etiam de possessione sola. Nam in controversia possessionis interdum ad tempus domino superior est is, qui dominus non est. Quod contingit ex caussa ho-

sa horum interdictorum; *Uti possidetis*, *Utrubi*, *Quod legatorum*. Qui vere possidet adversus dominum teoentem jure experitur, ioterdicto, *Uti possidetis*; quo & interdicto vincit, si cum agitur, nec vi, neo clam, nec precario possideat. *L.* 1. *D. uti poss.* idemque est in interdicto *Utrubi* de rebus mobilibus. §. *sed interdicto*, *Inst. de interd.* Quæ res ostendit, huic interdicto exceptionem dominii non obstare. Esto enim dominus sit is, cum quo agitur; non facit tamen ea res, quominus possideat solus is, qui agit, quoniam ut ante dixi separata est proprietas a possessione: in interdicto autem de possessione sola agitur. *d. L.* 1. §. 1. & deinceps. *Uti poss.* Sane si dominus ita se dominum esse dicat, ut ejus rei [1] præsentem & eodem die paratam probationem offerat; audiendus est. *argument. L.* 3. *in princ. D. ut in poss. leg.* Cum si dominum eum esse constaret, statim ei atiam agenti res sua restituenda esset sine exceptione. *L. officium D. de rei vind.* Cui autem actionem damus, eidem multo magis exceptionem competere quis dixerit. *L. invitus.* §. 1. *D. de reg. jur.* At si de eo erit controversia, & res desiderabit longiorem cognitionem; non convenit judicio possessorio, ut exceptio admittatur: sed differetur quæstio in directum judicium de proprietate, possessione aetori salva & sine interpellatione esse jussa. Hoc enim jus est de ejusmodi exceptionibus in judiciis præparatoriis. *L.* 3 §. *ibidem. D. ad exhib.*

VII. Tale autem est interdictum *Uti possidetis*, & *Utrubi*, quæ sunt retinendæ possessionis, institunoturque ordinandæ vindicationis & judicii petitorii caussa: ut sciri possit in eo judicio, uter possidere, uter a possessore petere debeat. §. *retinendæ. Inst. de interd.* Est quidem ita hæc velut restitutio detentionis, quæ hic domino injungitur. Sed non est ejusmodi, (ut ad jus possessionis justæ redeam) quæ jus dominii, & eam possessionem, quam dicimus domini esse debere, minuat. Nam & temporaria est ista restitutio, & non diutius obest, quam quamdiu non constat eum, qui vere dominus est, dominum esse. Cæterum victus dominus hoc interdicto de possessione pro tempore, nihilominus rem suam vindicare potest a possessore. *d.* §. *retinendæ. de interdict.* Quo judicio si se dominum probaverit, jam pleno jure possessionem auferet, ut mox dicetur.

VIII. Interdictum quod legatorum simili quadam ratione & domino ipsi possessionem rei aufert ad tempus, & quidem hoc amplius, quam in superiore, quod aufert etiam ei, quem dominum rei esse constet. Nam rei legatæ dominium, adita hereditate, statim & recta transit ad eum, cui legata est. *L. a Titio.* in fin. *D. de furt.* Si tamen is, quamvis dominus, sine voluntate heredis legatum occupet: jubetur id primo quoque tempore restituere heredi, quasi ab eo debuerit petere; non jus sibi in re sua dicere. Estque in eam rem heredi adipiscendæ possessionis caussa interdictum *Quod legatorum. L.* 1. *in princ. D. Quod leg.* Sed ne hæc quidem restitutio rei longius nocet legatario, quam ut re heredi restituta consequatur deinde legatarius ab eo rei legatæ possessionem. Quæ nisi traditur, statim potest legatarius idemque dominus eo nomine heredem convenire; & possessionem auferre. *d. L.* 1. *in. princ. Quod legat.*

IX. Non dixi dominum teneri etiam interdicto *Unde vi*, ut possessionem sine exceptione restituat ei, quem dejecit. Hoc enim de domino olim dici potuit: hodie non potest propter eas constitutiones, quibus placuit eum, qui per vim rem suam occupavit, continuo dominium rei suæ amittere. *L. si quis in tantam. C. unde vi.*

X. Utcumque autem non possidebit dominus; aut detentionem rei superioribus interdictis ob privatas caussas omittere cogetur: non eo minus possessionem debere esse ejus, & ut rem domini propriam ad eum redire debere, ex eo intelligimus, quod dominus eam a quovis possessore persequi potest, & possessori auferre. Quam ad rem domino suæ sunt actiones. Et omni domino non possidenti ad rem suam, quæ ab alio possidetur, recipiendam, hæ actiones sunt: actio in rem, quæ dicitur, rei vindicatio, & propter hanc in rebus mobilibus actio ad exhibendum, & si res furtiva est, hoc amplius conditio furtiva. Quæ si sunt domino ad rem suam recipiendam, sunt utique ad obtinendam ejus rei plenam possessionem.

XI.

1) Contra tamen communis est opinio possessorio retinendæ, nec exceptionem dominii in continenti probandi objici posse, ref. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 85. *n.* 3. ut nec possessorio recuperandæ *d. C.* 88. *n.* 2. & aliis relatis Gomez. in *L.* 45. *Taurin. n.* 182. per *L. si quis ad se* 7. *C. ad L. Jul. de vi* in verbis: *ante omnia violentiæ caussam examinari præcipimus*, & Menoch. *recup. possess. Remed.* 1. *Quæst.* 21. *n.* 239. & *seqq.* Fachin. 8. *Contr.* 10.

XI. In rem actionem domino competere constat. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionum, D. de obl. & act.* Competit adveraus omnes, qui possident, tenent, & habent restitueodi facultatem. *d. L. actionum, de oblig. & act. L. officium, de rei vind.* Agitur eutem in hoc, ut res sua domino restituatur, quo restitutam illi tenere, & jure pnblico possidere liceat. *L. qui restituere. D. de rei vindic.* Aperte igitur hæc actio possessionem rei domino constitnit. Quam ut intelligere liceat coostitui ex bac actione, ut rem maxime domini propriam, id est, quæ ad eum dominii jure omni modo pertinere debeat: observetur dari domino hanc actionem noo tantom adversus eos, qui mala fide possident; sed etiam qui bona. *d. L. officium, de rer. vind. L. adversus. L. certum. C. eod.* Neque id tantum; sed etiam adversus eos, qui bona fide emerint ab eo, qui dominus non erat, & pretium ei solverint; & qnidem ita; ut ubi dominus probavit rem suam esse, cogantur possessores rem ei restituere etiam non oblato his pretio. *L.* 3. *C. de rei vind.* Et quoniam domino rem suam persequenti in rem actio est, & in bac debet rem certam designare, qui agit: *L. si in rem.* 6. *D. de rei vind.* consequens fuit, ut rem mobilem vindicatnro prius esset actio ad exhibendom, ut res exhibita notari posset, & dici, banc esse, quam dominns snam esse intendit. Quæ & actio constituta est *L.* 3. §. *est autem. D. ad exhib.* Et sunt hæ actiones domino, ut dixi, adversus omnes possessores, sive bona fide possidebunt, sive mala. De quibus satis sit tantum nunc attigisse, quantum diximus, ut pro eo atque hic locus postulabat. Nam de his suo loco ex professo dicetur postea in re judiciaria inter actiones.

XII. Quod si etiam ad obtineodam possessionem possessoris maleficium accesserit; aliæ quoque actiones ad possessionem recuperandam domino accedant. Et si quidem dominus de possessiona fnndi dejectns fuerit, habet interdictum *unde vi* recuperandæ possessionis caussa. *L.* 1. *D. unde vi:* §. *recuperandæ, Instit. de interdict.* Sed in hoc interdicto nihil dominii proprium. Competit enim interdictum non ut domino, sed ut dejecto, competiturum, etiam si qui dejectus est, mala fida possedisset, atque adeo si fnisset & ipse prædo, qui prius domioum dejecisset. *L.* 1. §. *dejicitur, L. colonus, D. unde vi.* Quod si res mobilis furto surrepta, ant vi erepta erit; placuit amplins adversus furem & ejus heredem esse conditionem furtivam rei recnperandæ caussa. *L. si pro fure*, §. 1. *& ult. D. de cond. fur.* Hæc vero, ut in ea vim dominii ad possessionem rei suæ obtineodam agnoscamus, soli domino competit. *L.* 1. *D. eod.* Com hæc sit in personam, nascaturque ex obligatione, obligatio ex maleficio, id est, furto; de ea obligatione & actione inter maleficia dicetur. Hinc autem evenit, ot domioo rem suam adversus furem persequenti tres hæ sint actiones, condictio furtiva, vindicatio, & actio ad exhibendnm. *d. L. si pro fure*, §. 1. *de condict. furtiv.* §. *ult. Instit. de oblig. quæ ex delict.* Jus ita constitutum, ut fures ploribos actionibus propositis magis teneantur. De quo scripsi ad §. *sic itaque. Inst. de act.* Vere ergo jus tenendæ & possidendæ rei dominii pars est, id est, domini cnjusque proprium, postquam possessionem & possidens tueri potest, & non possidans omnibus avocare, remediis idoneis in rem utramque constitutis.

XIII. Secunda & huic proxima dominii pars est, rem incolumem habere ac tueri licere. Parum est enim rem tenere, nisi possessa recte uti liceat, quem usum vitiata & corrupta æque præstare non potest. Hanc iocolumitatem rei una cum re dominis tribui, remedia ostendunt prodita ad eam incolumitatem obtinendam. Sunt enim omnia aut solis dominis, ant maxime domiois constituta.

XIV. Ea incolumitati tuendæ accommodata remedia sunt, quibus occurritur damnis & incommodis, qnibus hæc incolumitas læditur. Ideo ut damna sunt, ita ex adverso remedia esse oportuit. Quæ & similiter ei rei sunt quæsita.

XV. Damna rebus nostris inferuntur aut ab hominibus, aot ab animalibus brutis, ant a rebus inanimatis. Ab hominibus corrumpnntur aut servorum mores, aut rerum oostrarum corpora. Moribus servorum corruptis, est actio de servo corrupto. Et hæc soli domino datur. *L.* 1. *in princ. D. de serv. corr.* Corporibus rerum nostrarum corruptis, quia quis ussit, fregit, rupit quid nostrum injuria; est actio de damno dato ex lege Aquilia. Et hæc soli domino competit. *L. item Mela*, §. *legis autem, D. ad leg. Aquil.* Ab animalibus brutis si rebus nocitum est, actio est ex lege duodecim tabularum, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur.* De qua in *L.* 1. *& toto Tit. C. si quadrup. paup. fec. dic.* item *Institutionibus eod. Tit.* Hæc ita competit omnibus: quorum interest damnum datum non esse, ut constet maxime competere domino, cujus rebus no-

Digitized by Google

citum erit. *L. 2. D. eod.* A rebus inanimatis damna sunt aut ab iis quæ caduot ex alienis ædibus; aut ab ædibus ruinosis in nostrum incidentibus; aut ab eo opere, quod quis faciat in nostro vel in suo. In iis quæ cadunt ex alienis ædibus actio est de iis, quæ inde dejecta effusave sunt; deque iis quæ ibi periculose suspensa habentur. De quibus *Tit. D. de his qui dejecer. vel effuder.* A ruinosis ædibus quæ damna metuuntur, iis occurritur stipulatione damni infecti. Quæ si damnum metuenti & postulanti præstatur a domino vitiosarum ædium, quandoque ædibus ruentibus, stipulanti; de damno prospectum est. Si non præstatur, ea pœna est, de qua comprehensum est edicto in *L. prætor. D. de damn. inf.* Opus in nostro si quis facit, fecitve; si quis item in suo, quod nobis noceat, puta adversus servitutem, quam nobis debeat: adversus hæc opera ita jure prospectum est, ut remedia sint & adversus futura opera quæ instituuntur, & adversus præterita, idest, ea quæ jam facta sunt. Futura inhibentur operis novi nuntiatione: quæ jam facta sunt, si quidem facta sunt vi aut clam, restituuntur edicto, *Quod vi aut clam*, *L. 1. §. D. de oper. nov. nunt.* Quod si quis opus facit in suo, quo facto futurum sit, ut aqua pluvia, aut quæ imbre crescit, vicino agro noceat: de eo etiam ante, quam aqua damnum dederit, propria actio est aquæ pluviæ arcendæ, qua id agitur, ut avertatur aqua. *L. 1. in princ. §. hæc autem, §. in summa, & seq. L. 3. §. penult. D. de aq. pluv. arcend.* Actionis exitus & potestas hæc est; ut *si quidem opus a vicino factum sit; jubeatur is restituere, & damnum sarcire, si quod post litem contestatam contigit, quod si ante litem contestatam damnum contigit tantum opus restituere*, debeat, non damnum sarcire. *L. si tertius, §. penult. D. eod.*

XVI. Hæc strictim attigi hoc loco, & velut per indicem: quia horum damnorum actio nascitur ex obligatione; obligatio ex maleficio, aut quasi maleficio: ut proinde proprius de hoc genere cognoscendi locus sit in his obligationibus, quæ ex maleficio nascuntur, ut & amplius dicere nobis constitutum est in ea parte, in qua de damno dato agitur. Sed sit sane initium & caussa de his agendi ex maleficio & obligatione. Finis certe summus hujus obligationis & actionis omnis ad hanc partem obtinendam refertur. Pœna enim huc spectat, ut dominis ad incolumitatem rerum suarum obtinendam consulatur. Primum quidem ut rebus integris metu pœnæ deterreantur homines, ne rebus nostris noceant; ne quid damni dent. Tum deinde si contempta pœna nihilominus nocitum erit, sit actio damni sarciendi caussa.

XVII. Tertia dominii pars est, jus [2] utendi fruendi. Et hæc quidem præcipua, & cujus caussa ceteræ quæruntur, alioqui sine hoc jure si semper absit, pœne inutiles futuræ. Quo enim rem possidere, eamque integram, & incolumem, si possessa & incolumi uti frui non licet? Fructu autem constituto id habemus, cujus caussa potissimum res acquiruntur. Ut vere dictum sit a Cicerone Lib. VII. epist. penult. ad Curium, *id proprium esse cujusque, quo quisque fruitur atque utitur.* Hoc enim ita est, si emolumentum & finis dominii spectatur.

XVIII. Ne res testimoniis juris egeat usumfructum dominii partem esse hæ sententiæ veterum docent. Illæ Papiniani: *Ususfructus etsi in jure, non in parte consistit: emolumentum tamen rei continet*, ut fundo legato ac proinde dominio rei, etiam ususfructus quamvis forte alienus sit, sequatur & contineatur legato. *L. Mævius. 66. §. ponult. D. de legat. 2.* Item, ususfructus portionis fundi instar obtinet eodem sensu. *L. cum filius. 76. §. dominus. D. eod.* Et quod a Juliano dicitur in *L. qui usumfructum. 58. D. de verb. oblig.* eum *qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similem esse ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum.* Dixit Julianus *similem*, non *eumdem*: quia re vera ususfructus fundi pars non est. Fundus enim corporalis res est; ususfructus incorporalis. *Institut. de reb. corp. & incorp.* Sed ideo hic similis, quia qui fundum stipulatur, idem stipulatur fundi dominium & proprietatem. *L. ubi autem. 75. §. ultim. D. de verbor. obligat.* Dominii autem, id est, ejus totius, quod in stipulationem deductum erat, pars est ususfructus. Licebat statim uno loco uti pro omnibus, id est, *L. 4. D. de usufruct.* Ubi aperte [3] *ususfructus* dicitur *pars dominii* esse; nisi illic adji-

2) Uti autem re nostra possumus etiam cum incommodo alterius, *L. altius 15. Si serv. vind. L. 9. de servit. urb. & rustic.* modo id fiat ad commodum nostrum, nec ad æmulationem ad damnum alterius *L. 2. §. 12. de aq. pluv. arc.* vid. Vasq. 1. *Contr. usufreq.* 6. n. 3. & 4.

3) Ita & Mercer. *in Conciliatore p. m. 710.* Usumfructum si pro jure sumitur, quod cuique in re sua est, partem dominii esse. Et Hotom. 3. *Obs.* 22. distinguit inter usumfructum merum, vulgo formalem, jus divulsum a substantia, seu corpore prædii, quod substantiæ pars dici nequit,

adjiceretur: *in multis casibus.* Quod de generali definitione, quam de hac parte posuimus, multum detrahere videtur. Sed nihil hic repugnans. Nam quod dicimus usumfructum, & superiora, itemque inferiora partes esse dominii; semper cum hac exceptione intelligi volumus, quæ est in definitione dominii, nisi quid dominus his de rebus statuere jure prohibeatur. At plerumque ususfructus dominio detrahitur. Separatur enim sæpe a proprietate, ut apud alium sit ususfructus; apud alium proprietas. §. 1. *Inst. de usufr.* Quod cum fit; apparet usumfructum dominii partem non esse. At ubi ususfructus a proprietate separatus non est, vere generaliter definiemus usumfructum esse dominii partem, ut qui dominus sit proprietatis, idem sit & ususfructus; habeatque eam, quæ dicitur plena proprietas. §. *ult. Instit. de usufr.*

XIX. Et adeo natura sua ususfructus dominii pars est, ut ubicumque vel lege vel testamento, vel pactionibus id agitur, ut fundus, ac per hunc dominium fundi in aliquem transferatur; nec ususfructus nominatim exceptus est: toties fundi & dominii rei appellatione etiam ususfructus intelligatur contineri. Hinc, constituta actione ob evictionem partis, *L.* 1. *D. de eviction.* placet usufructu fundi venditi evicto, emptori actionem esse ob evictionem. *L. si ab emptore. L. vaccæ. D. eod.* Hinc, si uni fundus aut proprietas fundi legata sit; alii ejusdem fundi ususfructus: placet ambos in usumfructum concurrere, esseque inter eos de usufructu jus accrescendi. Quod jus nisi inter eos, quibus ejusdem rei ususfructus legatus est, esse non potest. 4 *L. si alii. D. de usufr. leg.* §. *ult. D. de usufr. accresc.* Item fundo legato, cujus ususfructus alienus erat, non putatur heres satisfacere legato, nisi & usumfructum legatario dederit. *d. L. Mævius.* 66. §. *penult. L. cum filius.* 76. §. *dominus. D. de leg.* 2. Sed & inter contrahentes si quis fundum se daturum promiserit; non videtur dedisse, si desit ususfructus. *d. L. qui usumfructum.* 58. *D. de verbor. oblig.* Sed & fundo promisso si creditor de usufructu ejus fundi fidejussorem acceperit; placet 5 fidejussorem recte datum videri, quasi datum de ea re quæ & ipsa promissa esset. *L. si a reo.* §. *si reo. D. de fidejussor.* Nam alioqui datus esset inutiliter. §. *fidejussores. Instit. de fidejuss.*

XX. Qui fit igitur, ut qui fundum stipulatus est, si usumfructum postea accepto ferat, inutilis sit stipulatio? *L. & per jusjurandum.* §. *illud. D. de acceptilat.* Ususfructus, inquies, non est pars fundi: Qui autem accepto facit, vel totum, vel partem ejus, quod stipulatus est, debet accepto facere. *d.* §. *illud.* Esto, ne sit pars fundi. At est dominii, ut volumus: qui autem fundum stipulatus est, etiam stipulatus est dominium fundi sibi dari: quamobrem & eum diximus usumfructum quoque fundi sibi stipulatum videri. Si, fundo promisso, ususfructus habetur pro parte ejus, quod promissum est, cum de obligando reo agitur: quidni babeatur & tunc

quit, & mistum, vulgo causalem, qui in toto inest, ac partis nomen obtinet. & *ad L.* 27. §. 8. *de pact.* & ad *L.* 2. *C. de usufr.* ubi scribit Usumfructum confusum, sive mistum habere se ad dominium, sicuti pars principalis ad totum; animus ad hominem; area ad domum: per *L.* 20. *L.* 19. *de us. leg.* Ad proprietatem, ut pars principalis ad minus principalem; animus ad corpus; solum ad ædificium. Cujac. ad *L.* 27. §. 8. *de pact.* & ad *L.* 25. *de V. S.* nec partem esse, nec speciem, sed quia omne rei emolumentum continet, partis dominii instar & effectum quandoque obtinere. Quod secus est in servitute prædiaria; dominium plenum est, servitute licet imposita, non est, abscedente usufructu, & A. Fab. 15. *Conject.* 8. *pag.* 189. & fere Rad. Fern. 2. *Rer. Quotid.* 13. Vigl. *in* §. *alienus* (*est alius vers. in fi. pr.*) *I. de her. inst.* Partem esse dominii, in iis rebus, in quibus fructus est in corporum perceptione, ut in agris; ibi fructuarium partis dominum esse: non in ædibus, quod refellit Pinel. *ad. L.* 1. *Cod. de bon. mat.* P. 3. n. 3. Atque ita Viglius, quod probandum non videtur, accipit *L.* 4. *de Usufr.* & *similes* de Usufructu separato, qui servitus est, uti & Vult. *in pr. I. de Usufr.* n. 8. Est pars dominii, scribens, non quod dominium ex ejusmodi partibus constet, sed propter rei fructuariæ commoditates, quas fructuarius haud secus ac dominus percipit, & Godd. *ad L.* 25. *de V. S.* & Pinel. *d. loc.* n. 4. qui vult dici partem dominii in multis casibus, quod habeat similitudinem dominii, cum multa fructuario concedantur, quæ vero dominio conveniunt, quomodo & Io. del Castillo *Quotid. Contr. de Usufr. C.* 32. n. 6. & *seqq.* ac fere Rob. 3. *Sent.* 18. *p.* 359. quia fructuarius ex parte dominandi jus habeat, quoad fructuum perceptionem, vid. & Bronch. 1. *Asser.* 88. Goth. *ad. d. L.* 4. *de Usuf.*

4) De qua vid. Gomez. 2. *Resol.* 15. n. 5. Io. Suev. *Lib.* 1. *de Jure accresc. C.* 2. *sub fin.* In eadem lege vocula vel lineis inclusa, quam, quod a manuscriptis absit, delendam censent Cujac *ad L.* 27. §. 8. *de pact.* Hotom. 3. *Obs.* 22. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 20. quæ tamen facile salvari potest.

5) Dissent. A. Fab. 15. *Conject.* 8. qui in *d.* §. 2. decisionem in verbis *sed cum ususfructus &c.* contendit non esse Caji, sed Triboniani & compositorum, quorum ineptam esse dicit & repugnantem rationem. Nam si ususfructus *jus fundi*, utique, ait, non erit *pars* ejusdem *L.* 25. *de V. S.* Quare fidejussione, uti in aliam rem acceptus non obligatur. Sed quid quæso impedit, quo minus voluntatem manifestam contrahentium potius sequamur, quam scrupulosam hanc verborum subtilitatem? Quidni & hic casus esse possit inter eos, in quibus, (si omnino daretur Fabro non esse partem) partis effectum obtineat ususfructus. Dicit Faber *cod. Cap.* quod ex pacto de non petendo fundo detur exceptio contra petentem usumfructum, fieri ex interpretatione pacti potius, quam re verborum. Idem & hic dicere debuerat potius, quam, quæ res pessimi exempli, compositores convitiis lacessere, & dum illos corruptionis arguit, jus corrumpere. Sed immo assentior nostro usumfructum conjunctum partem statuenti. Et ratio ICti non inconcinna est. Nam cum fidejussio in usumfructum ambigua sit, ac possit accipi tum de usufructu conjuncto, qui *pars rei*, tum de separato qui, *proprium quiddam*; accipitur de priori ut actus valeat potius, quam pereat.

tunc, & quidem multo magis, cum agitur de reo acceptatione liberando: cum ad liberandum procliviores esse debeamus? *L. Arianus. D. de oblignt. & action.* Non fit hoc alia ratione, quam quod ususfructus *fundi promissi* verbo continetur, ut posuimus: tantum abest: nt hæc species superiori seotentiæ adversetur. Fundi enim usufructu accepto lato, manet semper fundi & dominii stipulatio, qua manente, vi verborum necesse est adhuc sequi usumfructum; postquam his verbis usumfructum contineri diximus. Dici etiam potest subtilitatem juris, quæ in acceptilatione spectatur, id facere, ne alius rei pars accepto ferri possit, quam quæ res nnminatim deducta est in stipulationem. Proponitur autem fundus esse promissus nominatim. Cujus [6] partem usumfructum non esse constat, etiam si maxime sit pars dominii. *L. recte. D. de verb. sign.*

XXI. Hæc sententia de usufructu com superioribus casibus confirmetur; & plures casos similes incidere possiot: neque tamen idem eveniat semper: bene illud dictum est usumfructum *in multis casibus* partem dominii esse. Nos generaliter dicemus, nisi aperte excipiatur, semper ejus partem esse, proinde ut partem in toto eo contineri. *L. in toto, D. de reg. jur.* Quid sit uti frui, quid ususfructus, postea separatim in servitute usufructus dicemus.

XXII. Postquam ususfructus dominii pars est, eaque & domini jus in re soa: quomodo & hoc jus tueamur, videamus. Et tuitio juris ita est, ut sunt impedimenta, quæ utenti objiciuntur. Quominus quis possessionem rei suæ retinens ea re utatur fruatur, prohibetur aut vi & manu, aut opere facto. Vi & manu, veluti si quis me in meo libere versari, agrum arare, fructus colligere, aut avehere, in meo solo ædificare prohibeat, qualia facta describuntur in *L. qui pendentem, D. de act. empt. L. 3. §. 2. & 3. D. uti poss.* Opere facto, veluti inferendo quid in meum ut fimum, aut rudera, item fodiendo, ædificando; qualia facta proponuntur in *L. vim facit, D. de vi.* Utriusque rei nomine adversus eum qui nos nostro uti prohibet, sunt communes hæ tres actiones. Prima negatoria de servitute, per quam negemus, ei jus esse id in nostro invitis nobis facere. *L. 2. in princ. L. sicut, §. Aristo, D. si servit. vind.* Altera, interdictum *uti possidetis*, quæ duo remedia in hac re conjunguntur in *d. L. sicut, §. Aristo. si servit. vindic.* Et recte: nam ioterdicto *uti possidetis* id agitur, ne quis possidenti vim faciat, quominus uti possidet, ita possideat. *L. 1. D. uti possid.* Is autem vim facit, quominus ita possideam, qui quovis facto ma prohibet uti re possessa, ut volo. Unde & interdictum ex hac caussa. *d. L. vim facit, D. de vi. d. L.3. §. 2. & 3. D. uti poss.* Tertia est actio injuriarum, quam placet adversus omnes competere, qui nos, ut rebus publicis & omnium communibus; sic privatis nostris uti prohibent, ut puta imminuta aatenus libertate, quæ est civium Romanorum in rebus. *L. qui pendentem, D. de act. empt. L. injuriarum, §. si quis me. D. de injur.* Adversus opus autem, quo facto nobis usus rei nostræ liber non relinquatur, hoc amplius propria remedia sunt illa, quæ paulo ante ob damnum his rebus datum esse diximus: adversus futurum, operis novi nuntiatio; adversus præteritum, interdictum quod vi aut clam factum est. *d. L. 1. §. 1. D. de oper. nov. nunt.*

XXIII. Quarta dominii pars in eo est, ut quaovis re nostra possideotes non utamur: tamen liceat ab ejus usu arcere, quos velimus. Hoc est, quod dicitur, si quis in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, posse eum a domino, si is prævideril, jure prohiberi, ne ingrediatur. *L. 3. D. de acq. rer. dom. §. feræ. Instit. de rer. divis.* Eodemque pertinet illud *L. Divus. D. de servit. just. præd.* oon esse æquum, quemquam in alienia prædiis dominis invitis aucupari. Quid ergo, si qois, contempta prohibitione, nihilominus ingredi velit, aut etiam ingrediatur, & ibi venetur, aucupeturve, aut aliud quid faciat?

XXIV. Adversus hanc injuriam remedia hæc sunt: Iogredieoti manu obstare possumos: Si vim facit, licet omnibus legibus vim vi propulsare, dum adhibeatur moderatio inculpatæ tutelæ. Quæ nominatur in *L. 1. C. unde vi.* Inculpatam autem tutelam jam ante dixi esse, cum quod fit adversum vim illatam, *tuendi tantum nostri caussa fit, non etiam ulciscendi.* d. L. scientiam, *§. penult. D. nd leg. Aquil.* Quod si quis nihilominus sit ingressus: licet adversus eum *injuriarum* experiri, ut qui nos re nostra uti prohibeat. *arg. in d. L. qui pendentem, de act. empt. L. inju-*

6) Partes enim fundi similares, ejusdem eum toto naturæ & nominis A. Fab. 15. *Conject.* 8. Goth. *ad L. 4. D. de usufr.* Male itaque Cujacius, & alii pro iisdem hæc habent: partem fundi & dominii.

injuriarum, §. *si quis me. D. de injur.* Nec quisquam dixerit in eo usum & fructum rei nostræ nobis non impediri, quia alioqui re nostra usuri non fuerimus. Rei enim fructus & lucrum est, beneficium ex ea conferre in alium, atque hoc modo beneficii debitorem acquirere. *L. si pignore.* 54. §. 1. *D. de fur.* Quo fructu nos privat, qui invitis nobis re nostra utitur.

XXV. Postrema dominii pars est jus alienandi, deminuendive. In quo potestas de re statuendi maxime cernitur. Continet hoc jus duo: Primum ut liceat domino, ut vidatur, rem a se alienam facere, seu emittere e potestate & dominio suo: Tum si nolit rem suam in quemquam transferre, ne 7 cogatur. Nam si cogeretur: huic alienandi necessitas constituta esset; non jus & facultas; Contraria sunt autem, necesse habere aliquid facere; & jure posse, quoniam qui jure potest, idem potest & non facere, potestate cuivis facta juri suo renuntiandi. *L. sæpe. L. generaliter, D. de off. præsid. L. pen. C. de pact.* Emittitur res e potestate domini, & quod idem est, alienatur, aut in alium transferendo, aut servos manumittendo; aut pro derelicto habendo. Hæc ita sunt dominii propria; ut quivis dominus possit, quem jus non prohibeat; & solus possit, qui est dominus. Primum licet cuivis domino rem suam in alium transferre, ut videtur, vel vendendo, vel permutando, vel etiam gratis, & donando. Hoc est, quod dicitur, *nihil tam conveniens esse naturali æquitati, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi.* §. per traditionem, *Inst. de rer. divis. L. qua ratione*, §. *hæ quoque*, *D. de acq. rer. dom.* Atque ut dominus potest rem suam transferre in alium: sic solus dominus potest; aut cui dominus permisit. *L. traditio*, *d. L. qua ratione*, §. *hæ quoque*, *L. non est novum*, *D. de acq. rer. dom.* Servum quoque manumittere potest, qui lege nominatim non prohibetur: præter dominum nemo. *L.* 3. *L.* 4. *C. de iis qui a non dom. manum.* Sed & rem suam quisque sibi abjicere potest, ut pro derelicto habeat: quo facto, & res ejus esse desinit; & fit nullius; eoque & occupanti conceditur. *L.* 1. *D. pro derel.* §. *ult. Inst. de rer. divis.* Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecit, ut id in numero rerum suarum esse nollet: *d.* §. *ult. Inst. de rer. divis.* de qua definitione dixi supra in rebus nullius, quæ dominos habere desierint, Lib. IV. C. XIII. Etiam illud alterum maxime est in jure domini circa alienandi potestatem, si non libet ei rem alienare, ne cogatur invitus. *L. invitum*, *C. de contr. empt.*

XXVI. Adversus utramque hanc facultatem etiam sua impedimenta sunt, & vis. Ideo & adversus hæc, utriusque juris tuendi caussa remedia constituta. Quominus possit quis rem suam in alium transferre, ut vult, impeditur sæpius alterius detentione. Cum enim res abest, quæ ab alio tenetur: non potest dominus rem alii tradere, ut vult, & ut is, qui quæsitam vult, desiderat. Is enim vult, rem sibi vere & naturaliter tradi, ut habeat, ut teneat, fictitia & imaginaria traditione non contentus. Id autem dominus, qui rem in potestate non habet, præstare non potest. Adversus hoc incommodum eadem illa remedia sunt, quæ dominis non possidentibus proposita esse diximus ad res suas recuperandas, earumque possessionem obtinendam; vindicatio, & conditio furtiva, aut dejecto interdictum *Unde vi*. Ut autem quis invitus rem transferat, duobus modis adduci solet: metu, aut dolo: Metu, cum quis, puta metu mortis, aut cruciatus corporis illato, cogitur rem suam vendere, aut donare: Dolo, cum fallacia & mendacio alterius inducitur, ut velit transferre, quod si non erraret, translaturus non esset. Metu extorta alienatio rescinditur, restituiturque actione: Quod metus caussa. *L.* 3. *L. non interest. L. si donationis*, *C. de his quæ vi met. caus. gesta sunt.* Dolo expressa: actione de dolo. *L. si legatarius*, *D. de dol.* Quibus de restitutionibus suo loco dicetur, cum ad futuram actionem instituendam agetur de in integrum restitutionibus.

XXVII. Has omnes partes dominii videntur veteres inclusisse his duabus partibus summis, *fructu* & *mancipio*, seu possessione, & ut hæc verbis græcis melius exprimuntur, 8 χρῆσις, καὶ κτῆσις. Sic enim Curius in epistola ad Ciceronem Lib. VII. epist. jus rerum in persona sua partitur: & Cicero respondens eamdem divisionem confirmat. Neque hæc vitiosa divisio est, si quis subtiliter rem expendat. Nam κτῆσις, seu possessio dici potest incolumitatem rei continere, cum si quid vitiatum est, quatenus

7) *L.* 70. *de R. V. L.* 16. *C. de I. de lib.* Casus tamen speciales, quibus quis cogitur vendere, notant Goth. *ad. d. L.* 11. Valasc. *Tomo* 1. *Consult.* 22. Fab. de Monte *Tr. de Emptione Q.* 3. *princip. n.* 38. *&* 2. *seqq.* Covar. 3. *Var. Resol.* 14.

8) Χρῆσιν habere dicebatur, qui dominium bonitarium, κτῆσιν qui Quiritium suo jure dominus, vid. Rev. 2. *Var.* 12.

nus tale est, non videtur, tale possideri, quale fuit prius. Fructus autem atque usus rei dici potest includere cætera, quæ sequuntur: Primum potestatem prohibendi cæteros ab usu rerum nostrarum, quoniam & hæc prohibitio quodammodo usus nostri pars est: Deinde etiam alienationem; quoniam qui alienat, hoc ipso re sua utitur; & si pretium inde percipit, etiam re sua frui videtur. *L. non utitur*, in fin. & *L. quia*, *seq. D. de usufruct.* Sed hæc ita ad superiores partes referri possunt subtili magis ratione, quam explorata. De plerisque certo num istis partibus contineantur, dubitari potest. Nos certitudinem præceptionis efficere voluimus. Quod secutis melius esse visum est, partes singulas diserte exprimi, ut fecimus, ne quid esset dubitationis: & dare operam, ut res traderetur rudius fortasse; attamen planius, juxta proverbium, ἀμαθέστερον πῶς εἰπὲ, καὶ σαφέστερον.

CAP. X.

Non semper omnia dominis licere in re sua. Jura, quæ dominii esse diximus, sæpe imminui. Quæ sit hæc imminutio: ac primum de interdicta quibusdam dominis alienatione: Quibus, Quarum rerum & Quatenus interdicta.

Jura dominii omnia dominorum esse quandiu a legibus non minuuntur. Duo talis imminutionis genera, & quæ. I.

Jura dominii quædam in totum detrahi dominis; quædam quoad usum & commoditatem rei tantum imminui. II.

Detrahi facultatem alienandi, cum dominis interdicitur alienatio. III.

Tribus alienationem modis interdici. IV.

Testamento. *Qui sit hujus interdictionis effectus; & quas cautiones exigat in testatore.* V.

Conventione. *Quatenus hæc prohibitio differat a superiore. Et quare rata maneat, etiam secuta manumissione conventio*: ne servus manumittatur. VI.

Lege. *Quæ hujus prohibitionis pœna. Justæ interdictionis hujus causæ seu genera totidem seu personarum, seu rerum & personarum bono a lege inducta quatuor.* VII.

1. *Solius domini bono interdicitur non uni personarum generi omnis indistincte alienatio; uni & certo generi sola donatio. Utriusque generis qui.* VIII.

Ex priore genere alienare vetiti, qui aut administrandæ rei suæ sunt inhabiles *aut* minus idonei. IX.

Inhabiles: *furiosi, mente capti, infantes. Cur his legis prohibitio minus conveniat.* X.

Minus idonei, *& proprio alienare vetiti a lege.* XI.

Prodigi, & quare. XII.

Item pupilli. Hi sine tutoris auctoritate nihil; quædam nonnisi accedente decreto magistratus; (quæ decreti forma servanda) nonnulla sine decreto auctore tutore, alienare oratione Severi *permittuntur* XIII. XIV. XV. XVI.

Item adolescentes, seu minores, & hi eadem fere, qua pupilli, conditione. Quatenus differat utrorunque conditio. XVII.

Item cæci, muti, surdi, & perpetuo laborantes morbo. Qua hi ex parte differant a minoribus. XVIII.

Item Ecclesia. Quæ hujus prohibitionis ratio. Varia pro diversitate Ecclesiarum prohibitionis forma; cujus integra cognitio ex Novellæ 120. *Lectione auctoris suasu petenda.* XIX.

Item filiifamilias, & quare. Hi quæ bona alienare nequeunt, & quatenus. XX.

Quarum personarum bono, licet idonearum, *sola, sed quæcumque tamen inter eas donatio lege interdicta.* XXI.

2. *Rei simul & domini bono alienatio interdicitur.* XXII.

Fundi dotalis: & cujus gratia. XXIII.

Item immobilium donatorum propter nuptias. XXIV.

Item rei litigiosæ XXV.

Quos afficiat prohibitio alienationis rei litigiosæ: qua alienantes pœna obligentur. XXVI.

Quando alienari possit impune; & quid sit, & quomodo Jure novo *fiat res litigiosa.* XXVII.

3. *Civitatis & reipublicæ bono interdicitur*

citur alienatio 1. *Materiæ, destructarum Ædium. Quatenus, & qua de causa, & quæ violatæ interdictionis pœna* XXVIII.

2. *Rerum, quibus reipublicæ hostes juventur. Quæ illæ sint, & quæ alienationis pœna.* XXIX.

Ipsius Curiæ bono interdicitur Curialibus immobilium & rusticorum mancipiorum venditio XXX. XXXIII.

Permittitur illis tamen cæterarum rerum alienatio: itemque superiorum rerum permutatio & donatio, & cur tam varie. XXXI.

Excipitur repudiatio, aut alienatio hereditatum & donationum paternarum, & quare. XXXII.

Cur ad hæc interdictionis genera nec capitali crimine damnati, nec Rei Majestatis, nec Manichæi, aut Donatistæ pertineant. XXXIV.

4. *Ipsius rei seu hominis integri servandi gratia servi Eunuchi interdicitur alienatio.* XXXV.

Alienationis appellatione, cum de illius interdictione agitur, non dominii translatio dumtaxat, sed & quælibet in re nostra alieni juris impositio comprehenditur. XXXVI.

Item nec alienationes necessariæ, & quæ habent recensitis interdictionum generibus antiquiorem causam, minime comprehenduntur; & quare. Exceptionis hujus exempla. XXXVII.

I. HÆc jura, quæ dominorum esse diximus in re sua, ita sunt domini cujusque, & solius domini, nisi si quid in his imminuatur jure, ut in definitione dominii posuimus. Ex his vero quædam jure imminuuntur. Imminutio genere duplex. Quædam enim sic adimuntur domino, ut non transferantur ad alios: quædam ideo, quia in alios conferuntur. Quæ transferuntur ad alios, ea sunt jura, quæ dicimus cuique competere in rebus alienis. De quibus postea post dominorum jura suo ordine dicetur. Nunc de dominorum jure solum quærimus.

II. Et quæ non translata ad alios minuuntur dominis, ea quoque minuuntur dupliciter. Alias ita, ut in totum dominis detrahantur, ut alienandi potestas. Alias ita, ut eum dominorum maneant, ipsa commoditas & libertas utendi nonnihil imminuatur, ut accidit in rebus communibus propter communionem.

III. Quæ ex universo superiore jure non translata ad alios detrahuntur dominis, eorum species dumtaxat una est ea, quam dixi, rerum alienatio, seu alienandi deminuendive potestas. Hæc plerumque dominis adimitur, interdicta his rerum alienatione. Interdicitur dominis alienatio omnis aut testamento, aut conventione, aut lege & jure ipso. Testamento, cum testator rem, quam legavit, vetat alienari.

IV. Hæc interdictio ita jure rata est, ut inhibeat alienationem. Placet enim eum qui vetitus est alienare, quamvis dominus sit rei legatæ, tamen alienando dominium in accipientem non transferre, sed re in alium collata transferendi caussa, esse fideicommissi persecutionem iis, quorum caussa alienatio erat interdicta. *L. peto.* 69. §. *ult. L. cum pater.* 77. §. *libertis. D. de leg.* 2. Quod si hoc nomine fideicommissi persecutio est, erit etiam eodem nomine in rem actio adversus quoscumque possessores, legatis & fideicommissis hac quoque parte exæquatis. *L.* 1. *L.* 2. *C. com. de legat.* Nec vero potest persequenti esse in rem actio, nisi sit dominus: *L. in rem. D. de rei vindic.* nec potest dominus esse alia de caussa, quam quod dominium [1] non transiit in accipientem. Alioqui eveniret eodem tempore, ut ejusdem rei duo domini essent in solidum, quod jus non patitur. *L.* 5. §. *ult. D. com.* Vis interdictionis ex lege duodecim tabularum, quæ uti quisque legaverit de re sua, ita jus esse jubet. *L. verbis. D. de verb. sign.* Sed tamen visum est hanc prohibitionem testatorum hactenus servandam esse, si caverint testamento, cur alienari nolint, & quorum caussa, ut apud eos possit res manere. Veluti, si petant ne res alienetur, sed ut maneat in familia vel libertorum, vel agnatorum, vel similium. Ubi autem non invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore cautum sit, nullius momenti esse prohibitionem, quasi nudum præceptum. *L. filiusfamilias.* §. *Divi.* 2. *D. de legat.* 1. De quo in legatis suo loco diximus, Lib. superioris Cap. 28.

V. Conventione interdicitur alienatio, cum quis, exempli gratia, donat alicui rem suam ea lege, ne alienetur, aut ne perveniat ad certas personas. Hæc prohibi-

1) Ita & Vaud. 1. *Q.* 43. *n.* 9. & 10. Tiraq. *de Retr. convent.* §. 1. *Gl.* 7. *n.* 11. An prohibitio alienandi transeat ad heredem heredis, vid. idem *d.* §. 1. *Gl.* 6. *n.* 19. & *seqq.*

hibitio distat e superiore. Valet enim conventio : sed non eo usque, ut obstet alienationi. Nam qui hac lege accepit, ut dominus factus est traditione, ita rem vendendo, aut donando, aut similibus caussis tradendo rem in accipientem transfert. Solum adversus eum donatori actio est, aut conditio ob caussam dati, caussa non secuta; aut si stipulatio, ne res alienaretur, intervenit, actio ex stipulatu in id, quod stipulatoria interest. *L. ea lege. C. de cond. ob causs. dat. L. si ita quis promiserit.* 135. §. *ea lege. D. de verbor. obligat.* Et hoc est, quod dicitur in *L. nemo. D. de pact.* neminem pasciscendo efficere posse, ne dominio rem suam alienare liceat. De quo genere disserui fusius ad *d. L. si ita quis §. ea lege de verb. oblig.* Quibusdam tamen in caussis, re ob caussam data, si ea a possessore alienatur, ac deinde caussa non aequatur: placet ei, qui dedit, utilem in rem actionem dari, quasi re non alienata. Quas caussas require ex his, quæ de repetitione ob caussam datorum, infrascripsimus. Sed hæ caussæ certæ & paucæ sunt. Sed & in his ipsis conventione superiore non impeditur ipso jure alienatio, ut apparet ex utili in rem actione, quam solam, re alienata, in hac specie dari, diximus. Ita fit, ut ipso jure recte in universum dicatur, conventione non inhiberi alienationem rei in alium translatæ.

VI. Una conventio excipienda est, si quis servum suum vendiderit, donaverit, ea lege, ne manumittatur. Placuit hanc conventionem ita servari, ut adversus eam servus manumissus ad libertatem pervenire non possit. *L. pen. C. si mancip. ita fuer. alienat.* Mirum prima fronte hoc adversus libertatem ipsam tam severe constitui, quod in cæteris rebus non servatur : cum libertas omnibus rebus sit favorabilior, ut est regula juris. *L. libertas omnibus, D. de reg. jur.* Sed apparet constitutum id esse dominorum caussa, ut hujus pœnæ metu continerentur servi in officio, caventes admittere, quo irritati domini eam pœnam adversus ipsos statuant.

VII. Lex ipse ubi alienationem prohibet, ibi demum citra controversiam prohibitio rata est : ut adversus prohibitionem nihil possit transferri. *L. Julianus, D. de curat. furios.* & al. Et generaliter ea est auctoritas legis, ut ei omnes, qui in civitate sunt, parere debeant. *L. 2. D. de legib.* non parentibus autem sit hæc pœna, ut quidquid fit contra, quam lex vetat, pro infecto fit. *L. non dubium, C. de legib.* Interdicitur autem lege quibusdam dominia rerum suarum alienatione justis de caussis. Caussas hic intelligimus fines legi propositos, propter quos videatur utile & consultum esse alienationem dominis interdici. Earum caussarum quatuor sunt genera. Nam est id agitur interdictione, ut dominis ipsis ea re consulatur; aut ut dominis simul & rei alienari prohibitæ; aut ut aliis, puta reipublicæ, cui nocitura videatur alienatio privata; aut ut rei ipsi, quæ vetatur alienari. Atque hinc totidem ordines eorum, quibus alienatio ex his caussis est interdicta.

VIII. Primus ergo ordo est eorum, quibus lex in hac interdictione consultum voluit, dum his idem interdicit, quia non expedit eis alienationem ipsis permitti, alioqui in res suas, aut seipsos male consulturis. In his quidam sunt, quibus interdicitur cujusvis rei alienatio : quidam, quibus sola donatio. Prioris generis sunt, qui res suas administrare non possunt. Posterioris conjunges, quanvis alioqui ad res recte gerendas idonei.

IX. Qui res suas administrare non possunt, eorum quidam sunt, quibus natura in totum omnem administrandi facultatem adimit; quidam, quibus idoneam.

X. Natura omnem rerum gerendarum facultatem adimit furiosis, mente captis, infantibus. Quam ob caussam & his sestis sua sponte alienandi potestas adimitur. Etenim rem suam in alium transferre, servum manumittere, rem pro derelicto habere, omnia sunt ejusmodi, quæ voluntate constent & affectu. Furiosi autem & mente capti nulla voluntas est. *L. furiosi, D. de reg. jur.* ac ne infantis quidem, quæ quidem satis sit ad alienandi cogitationem. §. *pupillus, Inst. de inut. stip.* Ideo istos nihil gerere constat. *L. in negotiis, D. de reg. jur. d. §. pupillus.* Sed si vere judicare volumus, non tam his dicenda est alienatio interdici, quam in his nullam esse posse alienationem, utpote his voluntate ad alienandum destitutis. Inter quæ plurimum interest. Nam nec dormientes domini, aut rem suam esse ignorantes alienare possunt, quia velle non possunt. Neque tamen propterea dicimus his alienationem interdici.

XI. Proprie & vere lex iis interdicit alienationem, quos cum velle possint, aut velle posse aliquo modo videantur, tamen lex non patitur alienare. Quo in genere sunt, quibus lex ob periculum malæ administrationis prospectum voluit; atque in his hæ species sex dominorum : prodigi; pupilli; adolescentes; qui morbo aut vitio

tio aliquo corporis impediti rebus suis superesse non possunt, ecclesia; filiusfamilias.

XII. Prodigis interdicitur bonis, id est, bonorum administratione & alienatione. Nempe bona sua dilacerando & dissipando profundentibus, nisi occurritur. *L. 1. L. Julianus, D. de curator. furios. & al.*

XIII. Interdicitur alienatio pupillis. Et quidem sine tutoris auctoritate ita, ut nullas res hoc modo alienare possint. §. *nunc admonendi, Inst. quib. al. lic. vel non. L. obligari, D. de auct. tut.*

XIV. Sed etsi accesserit tutoris auctoritas; non continuo tamen his alienatio procedit. Quædam sunt res pupillorum, quæ ad alienationem decretum magistratus desiderant, ut ex decreto alienari possint, sine decreto non possint. In ea caussa ex oratione Severi, quæ de hoc genere interdictionis est, & exstat in *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.* fuerunt olim prædia tantum rustica & suburbana, item mancipia rustica, ut indicat *L. lex quæ. in pr. C. de adm. tut.* Hodie ex constitutione Constantini *d. L. lex. quæ.* res omnes pupilli immobiles: sed & mobiles, quæ servando servari possunt.

XV. Decernere dicitur in hac caussa magistratus: cum is caussa cognita permittit, ut alienare liceat. *L. magis, §. si æs alienum, D. de reb. eor.* Itaque exigit hujusmodi decretum hæc tria: primum ut sit justa caussa alienationis. Deinde ut magistratus in eam inquirat, & cognoscat. Postremo, ut re cognita alienari permittat. Quæ ita fere ad explicationem hujus decreti comprehensa sunt in *d. L. lex quæ. in pr. C. de admin. tutor.* In hac permissione jubetur magistratus æstimare pro sua religione, id est, prout ipsi ex fide, & commodo pupilli faciendum videbitur, æstimare, inquam, quæ possint alienari, obligarive debeant. *d. L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.* Permittendæ autem alienationis caussa hæc est eadem oratione expressa, si æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non possit exsolvi.

XVI. Sine hoc decreto interdicitur etiam tutoribus ipsis & curatoribus, ne res distrahantur: præterquam tribus in caussis eadem oratione comprehensis: si ut distrahere liceret, parentes testamento vel codicillis caverint: si communis res erit, & socius ad divisionem provocet, si creditor, qui pignori rem a parente pupilli acceperat, jus exsequatur. Ex quibus prima caussa voluntariam alienationem habet, sed quæ auctoritate testatoris defendatur: duæ posteriores necessariam, & a jure alterius pendentem, quod jus illi propter personam pupilli adimi non potuit. *L. 3. in pr. D. quib. ex caus. in poss. eat.* Reliquæ sunt ergo res cæteræ, quæ alienari possint sine decreti interpositione; eæ nimirum, quæ servando servari non possunt, ut loquitur Constantini constitutio; ut sunt vinum, oleum, frumentum, fructus qui ætatem non ferunt, vestes usu detritæ, aut corruptæ: item animalia supervacua. *d. L. lex quæ. in fin. C. de adm. tut.* Non aliter tamen omnes, quam auctore tutore. *d. §. nunc admonend. Inst. quib. al. lic. vel non.*

XVII. Adolescentum caussa cum pupillis eadem in rebus[a] immobilibus omnibus, itemque mobilibus iis, quæ servando servari possunt, ut nihil earum rerum alienari possit sine decreto, nisi ex iis caussis, ex quibus licet alienare res pupillorum. Nam oratio Severi pertinet non minus ad eos, qui curatores habent, ut adolescentes, quam ad eos, qui habent tutores, ut sunt pupilli, ut ipsa oratione expressum est, *D. L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura.* In cæteris rebus, quæ servando servari non possunt, quas diximus alienari posse cum tutoris auctoritate, dissimilis est adolescentum caussa. Nam pupilli nihil omnium alienare possunt, sine tutoris auctoritate, sive tutorem habeant, sive non habeant. *d. §. nunc admonendi.* In adolescentibus distinguitur: ut si curatorem habent, nihilomagis alienare quidquam possint sine curatoris auctoritate, quam pupilli sine auctoritate tutoris. Si non habent: per se si tradant, jure dominium transferant, sed in integrum restitui possint intra tempora constituta. *L. 3. C. de in int. rest. minor.*

XVIII. Qui propter vitium morbumve corporis rebus suis superesse non possunt, hi sunt; cæci, muti, surdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quibus etiam ob hanc caussam curatores dari solent, § *furiosi. Instit. de curat.* Quorsum his curator, nisi ut hujus consilio res gerantur, nec quidquam in deminuendis bonis, & dominis obligandis ratum sit, nisi quod gestum sit cum curatoris auctoritate? idque recte defenditur exemplo minorum, qui curatorem habentes, hoc ipso quod habent, sine hujus auctoritate quidquam alienare prohibentur. *d. L. 3. C. de in int.*

a) Vid. Gomez. 2. *Resol.* 14. n. 13. Fach. 3. *Contr.* 1. & seqq. Brunn. *ad L. 1. de Jurejur.* n. 241. & seqq. late de requisitis ac solemnibus hujus alienationis, Menoch. *Arbitr.* Cas. 171.

int. rest. min. Sed hoc mihi videntur isti distare a superioribus, quod hi curatore auctore omnia recte gerere, id est, & obligari, & res omnes alienare possunt, dummodo majores sint viginti quinque annis, & intelligant, quod agitur. Decreto magistratus ideo his non est opus ad res alienandas: quia hoc decretum exigitur in rebus minorum, ut indicatur in *d. L. lex quæ in pr. C. de adm. tut.* Itaque licebit hic usurpare Ulpiani illud *ex L.* 3. §. *sed utrum D. de minor.* Lex in hac caussa minoribus auxilium tulit: proinde non majoribus. Et certe quæ ratio alienationum sine decreto inhibet in minoribus, ea non eadem est in majoribus. Ita fit, ut caussa & ratione legis cessante, nec legi sit locus. *L. de eo.* 26. & *L. quid enim. seq. D. de jud. L. quod dictum. D. de pact.* Decreti in minoribus exigendi ratio hæc fuit, quod minorum judicium aut nullum est, aut admodum infirmum, quæcumque auctoritas tutoris aut curatoris accesserit, propter imbecillitatem & inscitiam ætatis. Nulla ejusmodi judicii infirmitas est in majoribus, quamvis alioqui rebus suis superesse non possint. Ut proinde nihil his obstet, quominus voluntate & judicio rem suam transferant curatore auctore, si quidem de jure suo docti transferre voluerint.

XIX. Etiam Ecclesiæ prospectum in rerum alienatione. Est quidem ita jus Ecclesiæ, ut quæcumque res justis modis ei quæsitæ sint, earum sit domina: Sed multis capitibus constat ecclesia; difficile est autem omnes in unam sententiam consentire: ut necesse fuerit iis administrationem committi, qui præsunt ecclesiæ. Periculose autem constituitur, si his permittitur alienatio. Sed eo periculosius, quod in primis reipublicæ interest bona ecclesiæ, si qua sint, recte conservari, unde suppetant sumptus ad ministros Ecclesiæ, & pauperes alendos, & ad ædificia divino usui sacra tuenda: quibus usibus ea bona destinata sunt. Ideo rerum ecclesiasticarum, etiam quæ sint in bonis & dominio Ecclesiæ, alienatio (*) interdicta est Novella Justiniani 120. *de alien. & emphyt.* Sed [3] varie, nam quibusdam Ecclesiis interdicitur alienatio; quibusdam conceditur. Et quibus denegatur, cum aliquo temperamento denegatur. Alias ut possint necessitate æris alieni urgente, res obligare pignori: alias etiam ut possint prædia in emphyteusim dare, alias usque ad certum tempus, interdum etiam in perpetuum. Quæ omnia qualia sint, melius est ex ipsius constitutionis lectione cognoscere. Hæc enim omnia continet, & reformat, quæ prioribus constitutionibus de alienatione rerum ecclesiasticarum constituta erant, ut Justinianus initio ejus constitutionis præfatur.

XX. De filiisfamilias cautum est ejusdem principis constitutione, ne his liceat in rebus, quarum ususfructus patri acquiritur, dominium earum alienare citra voluntatem eorum, quorum sunt in potestate. *L. ultim.* §. *filiis autem*, *C. de bon. quæ lib.* Nec quisquam eo fieri putet, quasi non satis filiifamilias sint domini, quia rerum ususfructus est patris. Non enim eo minus res nostra est, quia ususfructus ejus est alienus. *L. recte*, *D. de verb. signific.* Interdicta vero hic alienatio est filiisfamilias, ipsorum caussa, ut declarat interdicendæ alienationis ratio addita in constitutione Justiniani. Cavit enim ideo a se constitutum, ut reprimantur juveniles calores ruentes plerumque in perniciem suam; & quia cum filiisfamilias a parente ali debeant, nihil necesse est eos ad venditionem & alienationem rerum suarum decurrere.

XXI. Atque hi sunt domini, quibus quævis alienatio interdicitur ipsorum caussa. Sunt ut dixi, in hoc ordine, quibus ob eamdem caussam interdicitur sola donatio. Hi sunt conjuges, inter quos omnium rerum donatio interdicta est. At quamobrem? Ipsorum, inquam, conjugum caussa, ne his sit venalis amor, & pretio amoris sublato [4] sese mutuo amore spolient, & sic tandem bene constituta matrimonia dissiliant, aut liberorum studium, vel rei familiaris curam omittant. *L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *D. de donat. int. vir. & ux.* Ac quatenus progrediatur ea interdictio comprehensum est oratione Antonini, quæ exstat in *L. cum hic status*, *D. eod.* & toto titulo explicatur.

XXII. Secundus ordo eorum, quibus interdicitur alienatio, est eorum quibus rei

3) Vid. Fab. de Monte *Tr. de Empt. Q* 4. *princip.* n. 25. & 3. *seqq.* Quæ solemnitates & quæ justæ caussæ alienandi, vid. Menoch. *Arbitr.* Cas. 17. lo. Vinc. Honded. *Vol.* 2. *Cons.* 31. fuse lo. del Castillo *Quotid. Contr. de Usufr.* C. 54. Ren. Cothman. *Resp. Jur.* 50.

4) Plutarch. *in Connub'al. precept.* & *in Probl. Rom.* C. 7. rationem ponit in communitate omnium rerum inter conjuges. Quæ philosophica magis, quam legitima. Moribus autem hoc receptum *d. L.* 1. *pr.* Per mores, *ibid.* & in *L.* 1. *de off. ejus. L.* 8. *de his qui sui, vel alt.* intelligit Hotom. 3. *Observ.* 4. LL. Romanorum antiquas, eas opponi scribens LL. novis. Sane mores pro LL. ICtis usurpari autumat Gaspar Schopp. 4. *Verisimil* 4. exemplis minime, ceu videtur, convenientibus. De donationibus conjugum vid. Scip. Gentil. *Lib.* 4. de hac materia. Gomez. *in L. Taurin.* 50. & 3. *seqq.* n. 64. & *seqq.* Tiraq. in *L.* 8. *C. de revoc. don.* n. 108. & *seqq.*

(*) Vid. asteriscus, ejusque nota *ad hujus Lib. Cap.* 13. n. 10.

rei simul & personæ domini caussa interdicitur. Quod tunc fit, cum dominis interdicitur non omnium rerum alienatio; sed unius alicujus certæ, & quia talis sit, sic tamen: ut id quoque pro commodo domini statuatur. Hujusmodi interdictio est tribus his in rebus: fundo dotali; prædiis propter nuptias uxori donatis; & re litigiosa.

XXIII. Primum in fundo [5] dotali. De quo ita jus est. Maritus, constante matrimonio, dominus est dotis jure civili. *L. dote*, *C. de rei vind.* Mulier domina existimatur natura *L. in rebus C. de jur. dot.* Sic tamen lege Julia de fundo dotali primum, deinde post, constitutione Justiniani prohibetur fundus dotalis alienari, ut neque maritus [6] invita uxore, neque uxor invito marito, neque uterque altero consentiente possit fundum alienare aut pignori obligare. Interdictio constituta, ut apparet, dotis caussa, quandoquidem hæc sola ex rebus domini alienari prohibetur. Sed ita, ut nihilominus constituta sit mulieris caussa, quam ante dominam esse diximus. Hoc enim pertinet hanc alienationem interdici, ut dotes mulieribus conserventur, quibus expedit esse dotatas, ut propter dotem facilius reperiant, cui nubant. *L.* 1. *D. sol. mat.*

XXIV. In eadem caussa & immobilia propter nuptias uxori donata habentur. Rerum propter nuptias donatarum & uxor domina est, ut maritus dotis. Quo nomine utrique vindicatio competit. *L. ubi*, *C. de jur. dot. Nov.* 97. *de æqualit. dot.* §. *illud.* Sed non minus & prædiorum donatorum propter nuptias, æque donatio est interdicta. *Nov.* 60. *ut immob. antenuptial. donat.*

XXV. Eodem numero est & res [7] litigiosa, quæ & ipsa per se sola alienari prohibetur; verumtamen ita, ut in hac interdictione vindicantis ratio habeatur, ne ejus conditio rei alienatione fiat deterior. De ea re ita jus est, ne ab his, qui de ea re contendunt, ullo genere contractus, alienationisve possit in quemquam transferri: *L.* 2. & toto *tit. C. de litig.* Dixi ab iis, qui inter se contendunt. Nam a [8] tertio, qui nullam controversiam patiebatur, potest. *L.* 1. *D. eod. tit.*

XXVI. Sed & qui alienandi caussa id fecit, quo res alienantur, pœna dupli olim tenebatur. Quam placebat præstari adversario, cum quo lis esset. *L. ult. D. eod.* Quæ & fortasse pœna fuit adversus eum, qui sciens litigiosam emisset. Nam pœna litigiosi adversus hunc nominatur in *L.* 2. *D. eod.* sed quæ sit, non exprimitur. Hodie adversus emptorem scientem statuitur hæc pœna, non tantum ut cogatur rem reddere, sed etiam ejus pretio privetur. Non ut luero cedat ei, qui alienavit, sed ut etiam altera tanta quantitas inferatur fisco. Adversus eum, qui vendidit ignoranti, hæc pœna, ut pretium emptori restituat, & hoc amplius tertiam pretii partem, utrobique alienatione irrita manente. Hæc in *L. ult. C. eod.*

XXVII. Exceptæ tamen quædam alienationis caussæ, ex quibus placuit etiam rem litigiosam impune alienari posse. Caussæ hæ sunt, si res datæ vel acceptæ sint dotis nomine, vel ante nuptialis donationis, vel transactionis, aut divisionis rerum hereditariarum, vel legati aut fideicommissi caussa. De quibus nominatim comprehensum est in *d. L. ult. in fin. C. eod.* Litigiosa autem res est, de cujus proprietate est controversia inter aliquos: maxime quidem tunc, cum lis de ea re contestata est: *L.* 1. *D. de litigios.* sed ex constitutione Justiniani etiam tunc, cum primum [9] lis mota est, & ad vocationem in jus progressa, quocumque modo hæc vocatio processerit. *Novel. de litigios. auth. litigiosa*, *C. eod.*

XXVIII. Tertius ordo hujus generis est eorum dominorum, quibus aliorum caussa, quam dominorum interdicitur alienatio,

5) Ex lege Julia, & quidem ejusdem quæ de adulteriis capite aliquo, ut Brisson. *Lib. singul. ad L. Jul. de adult. C.* 29. *s. ult.* Loquitur autem L. Julia de fundo inæstimato, qui proprie dotalis. Æstimatus quippe est mariti proprius emptionis jure. Nisi sit in arbitrio uxoris dirempto matrimonio, vel fundum repetere vel æstimationem, quia tunc alienari nequit, *L.* 11. *d. L.* 1. *C. de fund dot.* Potest autem si ita, doti dictus, ut æstimationem restituat maritus, vel illi liberum sit fundum aut æstimationem præstare, Cujac. 8. *ad Afr. in L.* 9. *de fund. dot.* Strictior vero legis Juliæ prohibitio, quam orationis D. Severi, quæ in quibus conveniant vel discrepent consule Cujac. 7. *Obs.* 23.

6) Quando tamen æstimatæ datæ, licet convenerit ipsas res restitui, ex consensu vel ratihabitione mulieris valet alienatio *L. ... dotis* 50. *sol. matr.* Cujac. 8. *ad Afr. d. loc.* ubi & hodie ex *Novell.* 61. alienari posse censet, si semel ac iterum mulier consenserit, & maritus sit solvendo. Est & exceptio Juris Canonici. Nisi mulieris juramento confirmetur, *C. cum contingat* 28. *de Jurejur.* C. *cod. in* 6. Benut. *ad L.* 1. *de Jurejur. n.* 222. Et facta ab uxore, valet soluto matrimonio in præjudicium illius. Tiraq. post *LL. Connub. Gl.* 8. *n.* 100. vid. & Toming. *Decis.* 31.

7) Vid. Cujac. in *Nov.* 112. Fab. de Monte *de Empt. C.* 4. *pr. n* 32. & *seqq.* Menoch. 2. *Præsumpt.* 97. Hart. Pist *Lib.* 1. *Q.* 40. Coler. *de Proc. exsec. P.* 2. *C.* 3. *n.* 419. & *multis seqq.*

8) Et tamen Oldend. *in Progymn. Cl.* 4. *Act.* 1. *Cap. singularia quædam etc. p. m.* 500. consilium Angeli hac de re calumniosum, & iniquum vocat.

9) Nisi sola citatio subsequuta post preces judici insinuatas, etiam in particulari judicio. Quæ sententia communis, Coler *d. Tr. P.* 3. *C.* 21. *n.* 19. Licet autem ipso jure alienari nequeant, fieri tamen solet expresso judicis mandato alienari vetentur, quo omnis inscitiæ prætextus præcidatur. Coler. *d. Tr. P.* 1. *C.* 2. *n.* 147.

natio, puta civitatis aut reipublicæ caussa. Quod receptum est in his generibus rerum: in materia ex destructis ædibus exempta; in rebus ad juvandos hostes pertinentibus; in rebus curialium. De materia destructarum ædium ita jus est, ne quis domum, villamve diruat, quo plus sibi acquirat: neve quis negotiandi caussa eorum quid emat, vendatve, pœna in eum qui adversus ea fecerit, constituta, ut emptor [10] duplum ejus, quanti emisset, in ærarium inferre cogatur; in eum vero, qui vendiderit, ut venditio si irrita, id est, ne res transferatur; & pretium solutum liceat repetere. *L. senatus, D. de contr. empt.* Hoc totum reipublicæ caussa, ne scilicet ruinis publicus deformetur aspectus, ut est in *L. 2. C. de ædif. priv.*

XXIX. Rerum quoque ad juvandos hostes pertinentium omnis interdicta est alienatio, quæ in hostes conferatur, nempe reipublicæ caussa, ne hostes rebus nostris adjuventur, quas postea in perniciem nostram convertant. In hoc numero hæc sunt: aurum; esculenta & poculenta; tum arma, & quidquid materiæ est armorum conficiendorum, aut acuendorum caussa. Aurum a barbaris accipere, aut apud eos inventum auferre, quavis ratione concessum est: ad eos transferre, nullis ne mercatoribus quidem licet. Pœna hac addita, ut si quid contra factum erit, non solum damno pecuniario, sed etiam supplicio factum subjiciatur. Hoc in *L. 2. C. de commerc. & mercator.* Sed etsi aurum ab illis accipiamus, tamen ad eos transferre prohibemur etiam periculo capitis, quæ ad victum pertinent, ut frumentum, salem, vinum, oleum, & liquamen omne. *L. cotem, in pr. D. de publican. L. 1. C. quæ res export. non poss.* Sed & [11] arma omnis generis, & quidquid est materiæ, unde arma conficiantur, ut ferrum; aut acuantur, ut cotes ferro subigendo necessariæ. *L. 2. C. quæ res export. non poss. d. L. cotem, in pr. de publ.* Barbaros & alienigenas in constitutionibus superioribus interpretari debemus, qui nec imperio Romano subditi fuerunt, nec P. Romano fœderati, cum quibus videlicet bella gerere solebant Romani, ut intelligi potest ex *Tit. C. quæ res export. non poss.*

XXX. De curialibus, qui sint, & quo jure habeantur, dixi supra Lib. II. Cap. XXI. His hactenus interdicitur alienatio, ne ipsis res immobiles vel mancipia rustica vendere liceat sine decreto magistratus, qui cognoscet, an necessitate rei familiaris cogatur venditor rem distrahere, & ex hac caussa alienationem permittet. *L. 1. L. ult. C. de præd. decur.*

XXXI. Cæterum neque his cæterarum rerum alienatio interdicitur: neque superiorum quidquam præter venditionem. Nam & [12] permutationes immobilium, & quilibet alii contractus, atque adeo etiam donationes his permittuntur. *d. L. ult. C. de præd. decur.* Quod quidem mirum videri potest. Nam permutationem vicem emptionis obtinere constat. Quid enim agitur venditione, nisi ut res cum pretio permutetur? *L. 2. C. de rer. perm. L. sciendum, §. deinde. C. de ædil. ed.* Donatione autem an non majore damno res alienatur, quam venditione? Nam ex venditione saltem pretium consequitur venditor: ex donatione donator nibil, *L. 1. D. de donat.* Et ideo cui donandi jus est, eidem & vendendi jus esse, regula juris placuit. *L. cujus est. D. de reg. jur.* Sed distinguendi ista in prohibenda alienatione ratio hæc reddi potest quod, prædiis venditis, facile pretium consumi potest, ut jam neque res alienata, neque pretium inde redactum maneant in bonis curialis; quod non item fit, permutatis rebus, ubi accipitur res alia, quæ non minus mansura sit, quam quæ data est. Quod autem curialibus permittitur rerum donatio potius, quam venditio; eo fit, quia non tam facile homines donant, quam vendunt adducti pretio. Qua ratione factum videmus, ut mulieribus pro alio intercedentibus & se obligantibus succurratur senatusconsulto Vellejano: At non item pro alio solventibus. *L. 4. D. ad Vellejan.* Et tamen ex utraque re idem damnum est. Sed facilius, inquit Ulpianus, se mulier obligat, quam alicui donat. *d. L. 4.* Quæ & ratio ab Accursio redditur in *d. L. ult. de præd. decum.*

XXXII. Hactenus tamen sciendum est, permissum esse curialibus donare res suas, ut excipiantur hereditates & donationes paternæ, id est, res a patre successionis aut

10) *L. ult. de dam. inf.* ubi simpliciter pretium dicitur emptor præstare, non duplum. Quod non repugnat *d. L. 52.* In verbis discrepantia, in rebus consensus. jacturam facit emptor pretii jam venditori traditi, & insuper alterum tantum præstat. Pac. 5. *Quæst.* 6.

11) Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 585. Extra casus autem prohibitos est commercium, Rob. 1. *Sent* 17. Vid. *not supra Lib. 8. C. 11. N. 6.* Quia enim cum hostibus juris gentium communio *L. ultim. de legation.* etiam conventionum ac obligationum. Nec in hostem perfidia ut licet Hot. *Ill. Q. 7.* Vaud. 1. *Q.* 51. P. Grangian. *Paradox C.* 5. Ac tolerandi barbarorum conventus mercaturæ gratia, modo sine legum violatione & religionis labefactatione fiat, Lamb. Danæ. *Lib. 4. Polit. Christ. C. 2. pag.* 285.

12) Quod correctum *Nov. 38. & Nov. 87.*

aut donationis jure acceptæ, de quibus ita cautum est in *L. quoniam. C. de natur. liber.* ut eas repudiandi, aut alienandi in fraudem curiæ facultas curialibus denegetur. Nec dubium est, quin alienetur in fraudem curiæ, quod donatur, ubi nulla donandi honesta caussa est.

XXXIII. Hæc interdictio in curialibus, ut apparet, non curialium caussa constituta est, alioqui intelligantium, & bene res suas gerentium: sed caussa curiæ, cui curiales & eorum bona certis modis obnoxia sunt. Nam si curiali succedat is, qui ipse in numero curialium non est pars quarta bonorum defuncti curiæ debetur. *L. 2. C. quand. & quib. quart. pars lib.* 10. Præterea si curiales munerum evitandorum caussa absint, & vocati edictis intra annum non veniant: constitutum est ex bonis eorum curiis, quas deseruerunt, interpellatis præsidibus, esse consulendum. *L. quanvis, C. de decur.* Quod Bartolus recte, ut videtur, sic accepit; ut bona eorum permissu præsidum cedant curiis, nec postea ob contumaciam restituantur. Hæc commoda in bonis curialium, ne facile adimerentur curiæ: hinc jus adversus illos, de interdicendis quarundam rerum certis alienationibus natum est. Curiæ igitur caussa, non curialium. Quod fit manifestius, cum interdicantur curialibus hereditatum & donationum paternarum repudiationes, alienationesve in fraudem curiæ. *d. L. quoniam, C. de nat. lib.* Quibus verbis perspicuum est in his interdicendis haberi curiæ rationem.

XXXIV. Adjiciunt vulgo superioribus generibus quosdam capitalium criminum reus, quia vident de his ita jus esse, ut nihil alienare possint. Sed hi ad eam interdictionem, de qua agimus, non pertinent. Agimus enim de iis, qui cum domini sint rerum, nihilominus iis interdicitur rei suæ alienatio; non etiam de iis, qui ideo alienare non possunt, quia domini non sunt. Alioqui liceret dicere, nobis interdici rerum sacrarum, publicarum, alienarum alienationem, quia istas res alienare non possumus, qui earum domini non sumus. Quod neque per se verum est, neque ut maxima verum esset, nobis institutum est hoc loco de eo dicere. At quicumque propter delictum prohibentur alienare bona, quæ prius eorum fuerunt, hi jam amplius domini non sunt. Ut non magis pertineant ad hunc locum quam qui nunquam fuerunt domini: quos tamen constat non magis alienandi jus habere. Quod ex iis, qui in hoc numero sunt, intelligetur. Sunt autem in hoc numero hi quatuor: crimine capitali damnati; rei majestatis; ex hereticis Manichæi & Donatistæ. Qui capitale crimen admiserunt, ut maxime sint accusati; tamen ante damnationem rerum suarum alienationem retinent: usque adeo, ut & per id tempus [13] donationes ab his factæ valeant. *L. post contractum, D. de donat.* Præterquam si mortis caussa factæ sint: quæ donatore postea damnato removentur ut imperfectæ. *L. 7. D. de mort. caus. don.* Damnatione autem ex crimine capitali secuta, nihil alienare possunt. Unde multo minus donationes ab his factæ valent. *d. L. post contractum, de donat.* Sed hæc caussa est, quia capitis damnati, bona amiserunt. Damnatione enim bona publicantur, idest, fiunt fisci. *L. 1. D. de bon. damn.* Et hoc ex constitutione Novella Justiniani, si liberos non habuerunt. Qui si habuerunt, tamen nihilominus sic his adimuntur bona, ut [14] addicantur ea liberis. De quo supra diximus in his, qui testamentum facere non possunt. Majestatis rei non tantum post damnationem, aut etiam accusationem; sed etiam [15] ex ipso tempore delicti contracti neque alienare possunt, neque manumittere, ut est in *L. ult. C. ad leg. Jul. majest.* Sed ideo, ut ibidem adjicitur, quia cum quis hoc

13) Ubi triplicis lectionis non tres diversi, ut ibid. Goth. in *not.* sed unus idemque sensus ut nove & scite M. Lyclama. *Lib.* 5. *Membranar. Ecl.* 16 Vulgatæ: *Valent nisi condemnatio sequuta*, scilicet, crimen, si donationes præcesserint. Haloandrinæ: *Non valent si condemnatio sequuta* scilicet crimen, priusquam donaretur. Florentinæ. *Non valent, nisi condemnatio sequuta*, scilicet non crimen, sed donationes. Sensus; Non valent donationes, si posteriores condemnatione; valent, si anteriores, si post illas celebratas sequuta est condemnatio. Atqui hactenus creditum est Florentinæ lectionis sententiam esse falsam & absurdam, vid. Com. *ad L. ult. C. ad L. Jul. majest.* SC. Gentil. *Lib.* 1. *de Conjur. p.* 115 Cilan. ad *d. L.* 15. *n.* 21. qui putat *ni* in *nisi* male repetitum in Florentina, ex ultima syllaba vocis Antonini, ut & Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 3. A. Fab. 7. *Conject.* 20. Rittershus. *Partit. feud. Lib.* 1. *C.* 7. *Q.* 18.

14) Quam ea non successione ab intestato, sed privilegiario quodam & proprio jure consequuntur, vid. A. Fab. *Decade* 73. *de Err. Pragm.* passim Gæld. *de Contr. stipul. C.* 7. *Conclus.* 2.

15) Hujus sententiæ confirmationem petere licet ex disputatione criminali Petri Theodorici viri Clarissimi mihique amicissimi, & me respondente anno 1607. hic habita *Th.* 6. *lit. D.* Eamque ex adductis *lit. præced.* C. restringe ad crimen majestatis atrocius, quod Perduellio in specie vocatur. Dices. At ratio *d. L. ult.* communis omnibus delictis. Videtur enim delinquendo quis in pœnam, quam scivit, vel scire debuit ei delicto constitutam, consensisse. Resp. Discrimen sic ostendo. Reliqua crimina morte extinguuntur. Potest itaque aliquo casu pœnam effugere reus, si videlicet morte sua damnationem prævenial, proinde non omnino certus est bonorum suorum nihil ad heredem perventurum. Potest enim spem fovere, se tamdiu defugiturum, vel extracturum judicium, donec e vivis sublatus pœnæ subducatur. Quæ spes nulla est perduellionis reo, qui delicti scientia monetur nullo casu se pœnas evitaturum, cum immo post mortem contra illum accusatio intentari possit.

hoc crimen admisit, exinde quodammodo non dico damnatus, sed etiam punitus est. Unde & hoc judicium mortuo reo, cum quo nihil actum est, exerceri placuit, ut bona fisco vindicentur. *L. ex judiciorum, D. de accusat. d. L. ult. C. ad leg. Jul. majest.* Manichæis & Donatistis convictis jus donandi, vendendive denegatur. *L. Manichæos, C. de her. & Manich.* Sed ideo, quia prius eadem lege bona eorum publicantur. Nihil igitur istæ interdictiones ad hunc locum; in quo alienatio interdicitur veris dominis: cum superiores prohibeantur alienare, quia domini esse desierunt.

XXXV. Quartus & postremus ordo eorum, quibus alienatio interdicitur, est eorum, quibus propter rem ipsam alienari prohibitam interdicitur. Quæ interdictio recepta est certis conditionibus in eunuchis, quo his scilicet consulatur, ne eunuchi fiant, aut bis factis dominus facti sui præmio careat. De bis cautum, ne servi [16] apud nos nati, sive apud barbaros, sive in nostro solo eunuchi facti sint, ullo modo ad alienum dominium transferri possint. Sed nec capti ex barbaris, si apud nos castrati fuerint. *L. 2. C. de eunuch.*

XXXVI. Alienatione bis modis, atque his in rebus interdicta, quæretur, quid boc verbo [17] contineatur. Et si verbi proprietatem sequimur, id boc verbo prohibitum videbitur, & solum; quo fit, ut dominium a priore domino voluntate aut facto ejus recedat. Sic enim vere fit res aliena. Cujusmodi esse semper constitit [18] traditionem dominii, & manumissionem servorum, quæ commemorantur in *L. ult. C. de reb. alien. non al.* Adde & bis usucapionis patientiam. Quam & ipsam *alienationis* verbo contineri placuit: quoniam vix sit, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. *L. alienationis, D. de ver. significat.* Unde probibita fundi dotalis alienatione, placet eum fundum usucapi non posse, si modo ante, quam fundus dotalis esset, usucapio non cœperit. *L. si fundum, D. de fund. dot.* Sed Justinianus, prohibita rei alienatione multo plus hoc verbo est complexus in *d. L. ult. C. de reb. alien. non alienand.* & ita de hac definivit: quocumque auctore probibita sit alienatio, sive lege, sive testamento, sive pactione, prohibitam accipi debere non illam tantum veram alienationem, quæ dominii alienatio est; sed generaliter omnem [19] cujusvis juris constitutionem, quod jus, manente rei proprietate, rei imponatur. In hoc numero hæc esse, emphyteusin, pignus, usumfructum, atque adeo etiam servitutes.

XXXVII. Sed in omnibus his interdictionibus alienationis hoc tenendum est, prohiberi alienationes [20] voluntarias, non necessarias. *arg. in L. 1. D. de fund. dot. & L. alienationes. D. fam. erc.* Necessariæ sunt, quæ caussam & originem alienationis interdictione antiquiorem habent, & eam necessariam, utpote ex alieno jure pendentem. *d. L. alienationes, fam. erc.* Cujusmodi caussæ sunt, si res ante, quam in ea caussa esset, ut prohiberetur alienari, fuerit a domino pignori obligata, aut fuerit illi cum alio communis. Unde his casibus quanvis postea res in eam caussam deducta sit, ut prohiberetur alienari: placet tamen, & creditorem jus pignoris exsequi posse; & rem vendere; & socium ad judicium communi dividundo provocare, ex quo adjudicatio, id est, alienatio rei sequatur. Horum utrumque in prædiis minorum, quorum alienatio interdicitur, nominatim cautum est oratione Severi, ut ante diximus. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.* Eadem & de fundo dotali tradita in *L. 1. D. de fund. dot. L. ult. C. eod.* Et generalis definitio eadem est de rebus litigiosis in *d. L. alienationes, D. fam. erc.* Non dubium, quin ad cæteras interdictiones referri debeat, veluti si servus, antequam eunuchus fieret, fuerit aut communis, aut pignori obligatus, aut res litigiosa fuerit in eadem caussa, priusquam litigiosa fieret. Merito. Nam interdictio legis, quæcumque est, hucusque producenda est, ne alii jus suum auferat. Si interdictione beneficium datur; beneficia in cujusquam injuriam tribui non solent; *L. nec avus, C. de emanc.* si pœna constituitur; hoc alios non lædit quam qui deliquerunt. *L. sancimus, C. de pœn.* Denique ita jus est, nulli suum detrahi debere. *L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. jur.*

CAP.

16) Vid. *Epigr.* Martialis *ad Domitian. Lib. 6.* Briss. c. *Antiq. ult.* Menoch. *arb. Cap.* 570.

17) Vid Tiraq post. *LL. Connub. Gl.* 5. *passim.* Fab. de Monte *Tr. de Emptione Q.* 22. 4. *Q. principalis* Gudd. ad *L.* 28. *de V. S.* Niell. *Disp. Feud.* 8. *Th.* 6. & *seqq.*

18) Vid. *N.* 1. *Lib.* 5. *C.* 4. Fachin. 13. *Controv.* 80. rem absolute alienari vetitam usucapi non posse, sed sine solemnitate certa prohibitam posse, quia hæc est alienatio legis solemnia non exigens.

19) Vid. Vand. 1. *Q.* 43. *n.* 8. An alienare vetitus alienationi consentire possit, vid. Tiraq. post *LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 140. & *seqq.*

20) Vid. ad hanc rem textum ac auctores citatos a Fab. de Monte *Tr. de Empt. Q.* 4. *princip. n.* 38. & *seqq.*

CAP. XI.

Etiam a communione rerum nonnullam imminutionem juris dominii exsistere sociis: item ex confinio agrorum inter eos, inter quos de finibus controversia est. Hæc imminutio quæ sit. Eam tolli, illic quidem, cum a communione discessum fuerit: hic autem, cum fines ad suam rectitudinem redacti fuerint. Quibus remediis, ac quomodo utrumque obtineatur a dominis: Et de divisione rerum, itemque adjudicatione in judiciis divisoriis recepta, familiæ erciscundæ, Communi dividundo: tum in judicio finium regundorum.

Transitio. I.
In rerum communione, & agrorum confinio manere dominium incolume, sed usum rei imminui. II.
Quid sit res communis; quomodo acquiratur; quæ communionis causæ. III. IV.
Quatenus dominii jus, quod in libero rei usu consistit, rerum communione imminuatur: quæ communionis incommoda. Illorum remotio hujus loci propria. V.
Incommoda illa una removendi ratio: communionis diremptio. VI.
Communionem dirimunt, aut sociorum consensus, aut divisoria judicia. VII.
Consensu facta divisio valet, cum eam sequitur traditio. VIII.
Quæ sint ad res inter socios dividendas actiones comparatæ; & quare sint hujus loci. IX.
Cur ad Judicis officium spectet divisio: & quæ commodior ratio dividendi sive unam rem, sive plures. X.
Quæ, & quatenus ab Judice æstimatio ineunda, ubi res commodam divisionem non patiuntur. XI.
Finium incertitudine fieri dominii, & liberi usus diminutionem. Et quare. XII.
Actione finium regundorum redintegrari dominium. Quando illa instituatur; & unde appellata. XIII.
Fines regere quid: & quod in hac actione Judicis officium XIV.
Adjudicationes & condemnationes *talium judiciorum propriæ. Quid utraque sit, & quatenus necessaria.* XV. X.
Præstationes personales superioribus judiciis attributæ cur alibi tractentur. XVI.

I. EST ergo alienandi potestas ita dominii pars: ut ea sæpe dominis adimatur, interdicta rei alienatione. Interdictio ejusmodi, quæ hanc quidem potestatem in alium non transferat; sed tamen totam eam auferat domino, quatenus alienatio interdicitur, ac non tantum minuat. Est ejusdem generis species imminutionis quædam, ut proposui, qua & ipsa, quod domino adimitur, non transfertur ad alios: sed nihil hic ita minuitur, ut ulla pars dominii ex superioribus detrahatur tota: tantum manentibus superioribus dominii partibus penes dominum, utendi commoditas aliquo modo illi imminuitur.

II. Contingit hæc imminutio in rebus communibus, & in agris finitimis, quorum de finibus inter confines controversia est. Quod cognita harum rerum conditione intelligetur.

III. Ac res quidem communis est, quæ est duorum dominorum, pluriumve. Proinde quibus modis res uni alicui acquiruntur, ut ejus in solidum fiant: iisdem modis a pluribus quæsitæ fiunt eorum communes.

IV. Nascitur hæc communio inter aliquos partim ex societate; partim sine societate. Ex societate, cum aut ab initio aliqui pariter eamdem rem emerunt; *L. 2. D. com. divid.* aut aliqui inter se universorum bonorum societatem coierunt, ubi res omnes quæ coeuntium tum fuerunt, statim communicantur: *L. 1. §. 1. L. 2. D. pro soc.* Sine societate, aut inter [1] plures coheredes, qui hereditate adita in dominium rerum succedunt pro portionibus hereditariis; *L. cum heredes. in pr. D. de acq. poss.* aut inter eos, quibus pariter eadem res legata, donatave est. *§. item si inter. Inst. de oblig. quæ ex quas. contract.*

V.

1) Quos ad societatem non consensus, sed res conjungit *L. 25. §. 16. Fam. ercisc.*

V. Quid habet ergo hoc genus rerum, quo minus singuli in his parte sua libere utantur: ut hactenus dominii eorum jus & libertas imminuatur? Id habet nimirum quod res communis ita est eorum, inter quos communis est; ut non sit solida singulorum, sed pro partibus iis, pro quibus res illis ab initio fuit quæsita. Pro partibus autem utique non divisis: sed indivisis, id est, iis, quæ corpore nullæ sint, quia aint in uno corpore natura adhuc indiviso: tantum animo intelligantur, & hoc ipso animo distinguantur numero inter socios, ut dici possit hunc habere in fundo unam partem: illum alteram; vel hunc habere duas: illum tertiam. *L. 5. D. de stip. servor.* Sunt ergo hæ partes ita inter se confusæ, ut nemo sociorum in re communi possit attingere partem suam, quin attingat alienam. Atque hinc hæc incommoda. Nam si volo parte mea fundi communis uti frui, puta eam colere, arare fodere, serere, fructus ex ea percipere: necesse habeo hæc eadem in parte socii, id est, in toto fundo, facere. Ex quo non parva hæc [2] incommoda duo, labor & sumptus, quæ mihi conduplicantur, quibus tamen sine communione cariturus eram. Et hæc etiam ita futura sunt, quanvis rem recte sim gesturus. Quod si male geram. Succedunt hæc incommoda, quod socium offendo; & præterea culpam admitto, quam socio præstare debeo. Atque hic metus sæpe facit, ne ad rem communem gerendam accedamus, malimusque partis fructum nobis perire, quam de totius fundi fructu cum labore in discrimen venire. Hanc eamdem mentem sæpe nobis exprimit & indignatio, quanvis alioqui rem bene gesturis, cum indigne ferimus scilicet socium rem non curare, & exspectare a nobis, ut soli curemus. Unde evenit, ut pariter ambo in commune rem negligamus. Inde rerum [3] communium neglectus, & ex neglectu corruptio. De quo exstat in *L. 2. §. 1. C. quand. & quibus quart. pars deb. ex bon. decurion.* non minus elegans, quam vera sententia Theodosii, in hæc verba: *naturale quippe vitium est negligi, quod communiter possidetur: utque se nihil habere, qui non totum habeat, arbitretur: denique suam quisque partem corrumpi patiatur, dum invidet alienæ.* Pertinet igitur ad eum locum, quem de jure dominii tractamus, videre, quomodo hoc impedimentum domino amoveatur, atque ita fiat, ut rem suam quisque omni necessitate alienæ attingendæ exsolutam recipiat, quo possit libere de ea statuere.

VI. Et hujus incommodi amovendi una ratio est, si a communione discedatur. Quod fieri potest idoneis remediis jure proditis in eam rem. Neque enim hæc imminutio similis est illi, qua alienationem interdici dicimus. Lex enim alienationem interdicens facit, ut non possit quisquam a se eam interdictionem avertere: communio autem ejusmodi res est, ut neque ab initio imperetur cuiquam; neque in suscepta invitus quisquam manere cogatur, quorum utrumque generali illo dicto significatur, quo traditur, neminem ad communionem compelli. *L. si non sortem. §. si centum. D. de cond. ind.*

VII. Disceditur a communione aut consensu sociorum, aut judiciis divisoriis in eam rem comparatis.

VIII. Quæcumque divisio inter socios facta est communi consensu, rata est. *L. non ideo. C. fam. erc. L. ult. D. eod.* dum tamen res conventionem secuta sit, id est, dum quas res conventione divisionis proprias cujusque esse placuit: eas etiam ei juxta divisionem alii socii tradiderint; aut cum apud eum essent; alii voluerint apud eum manere. *L. si inter. C. commun. utr. judic.* Alioquin fiet id, quod est in *L. divisionis. D. de pact.* ut divisionis placitum, quod traditione vel stipulatione non sumpsit effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli possit prodesse.

IX. Si de divisione convenire inter socios non potest; constitutæ sunt his actiones ad res dividendas, quibus potest socius socium ad divisionem provocare: coheredibus judicium familiæ erciscundæ, id est, hereditati dividundæ. *L. 1. D. fam. erc. §. quædam Inst. de act.* cæteris, aut etiam heredibus ipsis, inter quos de dividenda hereditate tota non agetur, judicium communi dividundo, id est, ut id quod commune est inter aliquos, dividatur. *L. 3. D. comm. divid. d. §. quædam. de act.* Qua parte, ut dixi, omnino hæc judicia ad hunc locum pertinent. Hæc enim sunt, quæ rem a communione revocantia cuique domino addicunt id quod efficiatur cujusque proprium sine cujus-

2) Hinc materia communionis discordias dicitur excitare *L. 77. §. dulcissimis 20. de leg. 1. L. 26. de Servit. urb.* Aristot. 2. *Politic.* 4. & 5.

3) Arist. 2. *Polit.* 3. Quod multorum commune est, inquit, in eo minus adhibetur diligentiæ. De propriis enim maxime curant homines, communia tanquam alio curante ab aliis negliguntur, vid. & Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 15.

cujusquam alterius participatione. Id quod in jure dominii cuique asserendo nunc quærimus.

X. Et cum in his judiciis id agatur, sitque hoc officium judicis, ut res recte dividantur, quo a communione discedatur sine injuria: nempe eam divisionem quæri oportuit, quæ huic rei conveniret. Placuit autem divisionem sic recte transigi, propterea que hanc dividendi rationem esse in officio judicis. Aut enim de pluribus rebus dividendis inter socios agitur: aut de una re tantum. Si de pluribus, ut fit frequentius in judicio familiæ erciscundæ: hoc præcipitur, ne judex singulas dividat, quarum partes distribuat inter singulos: sed ut singulas res integras singulis adjudicet velut permutationis vice. §. *si familiæ. Instit. de off. jud.* Scilicet quia hæc divisio expeditior est, & cum minore rerum ac dominorum detrimento conjuncta; divisio namque partium res viliores, & minus ad utendum commodas facit. Quod si ut in rebus non per omnia paribus id accidet, ut unius pars prægravet; sic divisio ad æqualitatem redigetur; ut quod, rebus æstimatis, reperietur amplius esse apud unum, quam apud eum ex divisione esse oporteat: is in tantam pecuniam socio condemnetur. *d.* §. *si familiæ, de off. jud.* Exempli caussa; quo exemplo in *d.* §. *si familiæ*, Theophilus utitur. Primo adjudicatæ sunt res, quæ valent mille aureis: Secundo res, quæ valent octingentis. Apparet hic Primum centum habere amplius, quam Secundum, quoniam si res æstimentur, oportet utrumque habere nongentos. Proinde Primus Secundo damnabitur in centum. Quod si tanta disparitas erit in rebus singulis, ut non facile inveniatur rerum singularum distributio, quæ ad æqualitatem redigatur: id faciet judex, quod potest, & sociorum commodum exigit, ut res omnes uni alicui attribuat, quo in hujus unius personarum conferat *& condemnationem, & adjudicationem*, ut est in *L. penult. D. fam. erc.* idest, sic hinc res omnes adjudicet: ut simul, rebus æstimatis, condemnet eum socio in eam summam, quam illum ex societate ferre oportet. Si de una re dividenda agetur; fiet id, quod præcipitur in §. *eadem, Instit. de off. jud.* si quidem res commode dividi potest regionibus, veluti fundus, pratum: rem isto modo dividet judex, & divisas partes singulis adjudicabit, idem secutus in condemnatione, quod supra, ut si quid amplius est in æstimatione unius partis, quam conveniat esse apud eum, cui adjudicata est; is in tantam summam condemnetur socio, ad quem ex societate ea summa redire debuit. Quod si commode dividi res non possit, ut ædes, mancipium, jumentum: tota uni adjudicabitur: qui re æstimata, si quid amplius apud eum esse reperietur, in tantam summam condemnetur.

XI. Hæc condemnatio omnis quoniam fieri non potest, nisi æstimatis rebus; videndum est, quid in ea æstimatione ineunda judicem sequi oporteat, quo absit res ab injuria. Et res ita transigitur. Alias ipse judex rem æstimat, alias eam licitationi litigatorum subjicit. Si res singulæ adjudicantur singulis; aut re in partes divisa, singulis adjudicantur partes: hic locus non est licitationi. Licitatio enim emptio est. In superiore autem divisione, rebus pro rebus datis, permutatio instituitur; non emptio. *L. 1. D. de rer. permut.* Ideo res redit ad judicis æstimationem. Qua admissa, hæc duo in ea servanda sunt judici ad rectam & religiosam æstimationem: Primum rem æstimabit justo pretio, quod faciet adhibitis peritis rerum æstimatoribus: *L. item*, §. *ultim. D. com. divid.* Deinde æstimabit *universas, non singularum rerum partes*, ut verba sunt *L. Mævius*, §. *ultim. D. fam. erc.* idest res totas, uno pretio semel in rem unamquamque dicto: non autem separatim rerum partes jam divisas, ut æstimet, quanti sint singulæ a seipsis separatæ. Quod ideo facere jubetur judex, quia multo pluris esse solent res totæ propter commoditatem & utilitatem partium conjunctarum, quam partibus divisis; etiam si partes singulæ seorsim æstimentur. Separatæ enim partes non eundem usum præbent; nec tanti fiunt ab iis, qui conjunctas habere mallent vel ad ornatum & splendorem, vel ad utilitatem. Convenit autem bono judici sic res dividere, & ex ea divisione partes uni alicui adjudicare: ne ex eo fiat conditio socii deterior in re æstimanda, quam futura esset, si res mansisset integra; ne cuiquam divisio & adjudicatio noceat. Quod si res una aliqua dividenda erit, & uni adjudicanda: hic potest judex eam æstimare si videtur; potest etiam, si videtur commodius, rem licitationi sociorum subjicere. *L. item Labeo*, §. 1. *D. fam. erc.* Idest, edicere sociis, ut æstiment ipsi, & licitentur, ut qui pluris liceatur, ei rem adjudicet.

XII. Finium incertitudo & controversia eamdem juris nostri imminutionem secum adfert. Ubi enim fines agrorum incerti sunt, ibi necesse est aut nos, aut vicinum sæpe fines transgredi. In quo autem

tem traosgredimur, tantum necesse est de vicino agro detrahi. Quæ res vicinos non patitur libere suo uti. Ex quo juris nostri imminutio.

XIII. Sed & hujus iucommodi vitandi, & controversiæ dirimendæ caussa propria actio constituta est, quæ appellatur finium regundorum. *toto Tit. D. fin. regund.* Cui solum locus est in coofinio prædiorum rusticorum, non urbanorum, quæ plerumque parietibus disterminaotur: ut in his noo fuerit necessaria. *L. 2. L. 4. §. ult. D. eod.* Sic autem appellatio est: quia proposita est actio in id, ut fioes regantur.

XIV Fines regere est, fines & terminos agrorum confinium ad suam rectitudinem redigere. Id autem sic consequitur judex, ideoque & in his consistit officium judicis hujus actionis: ut, aut veteribus finibus repertis, eos servet; aut instituat novos. Si de finibus veteribus probari potest; & nulla obscuritas finium, aut incommoditas locorum mutare cogit: hi ita servantur, ut notentur magis, quo de his in posterum possit constare. Sin, aut de loco ubi fines fuerint, parum liquet; aut ea regionum difficultas vel incertitudo est, ot difficile sit per eas veteres fines diu retinere sine controversia: permittitur judici dirimendæ controversiæ caossa evidentioribus finibus & meosuris distinguere agros, ac per aliam regionem fines dirigere. In qua distinctione apparet oecesse esse judici, aliquam partem sumere ex unius agro, quæ alterius agri domino adjiciatur. Id quoniam fieri utiliter non potest, nisi hæc pars detracta fiat ejus, cujus prædio adjecta est: ideo etiam illud judici permissum est in hac re, ut eam partem illi adjudicet. Qua adjudicatiooe recepta, etiam consequens fuit; ut is, cui adjudicatur, invicem ei, cui pars detracta est, quanti id erit, in tantam pecuniam condemnetur. Hæc in *L. 2. §. ult. L. 3. D. fin. regund. §. si finium, Inst. de off. jud.*

XV. Hæ sunt illæ *adjudicationes & condemnationes* horum judiciorum propriæ, quarum tam crebra est io his judiciis mentio, ut *L. cum putarem. L. Mævius. §. arbiter. L. antep. D. fam. erc. L. 2. §. ult. fin. regund.* Condemnationes quæ sint, supra diximus. Adjudicare autem est, rem aut partem aliquam divisam alicui ex sociis sententia sua assignare; ut deiode propria ejus solius fiat. Unde assignare rem aliquam alicui pro adjudicare. *L. item Labeo. §. 1. D. fam. erc.* Adjudicatione autem non tantum id agitur, ut res fiat ejus, cui adjudicata est; sed etiam statim vere fit ejus sioe ulla traditiooe. *§. ult. Inst. de off. jud.*

XVI. Habent hæc judicia tria, familiæ erciscundæ, communi dividuudo, finium regundorum, personales etiam præstationes de iis, quæ socium socio præstare oportet ob id, quod admisit in communione, aut ex communione ad eum pervenit. *L. item Labeo. §. familiæ. fam. erc. L. 3. D. com. divid. L. 4. §. 1. D. fin. regund. §. si finium, Inst. de off. §. item si inter. Insti. de obl. quæ quas. ex contract.* Sed hæ prestationes nascuntur ex obligatiooe; obligatio ex quasi contractu. Quamobrem & ea para harum actionum ad eam partem obligationum & contractuum remittenda est. Ut & de ea separatim in ea parte juris agitur in *d. §. item si inter, de obl. quæ ex quas. contract.* Nunc agimus de rerum ipsarum, quæ communes suot, divisione, quæ pars nihil commune habet cum superiore. Nam cum hæ actiones dicentur mistam caussam obtinere videri, ut sint tam in rem, quam in personam: *§. quædam, Instit. de act.* hujus divisionis petitio quodammodo in rem est, nata scilicet nobis ex eo, quod rei pro parte domini sumus: personalium autem istarum præstationum actio est in personam, utpote ex obligatiooe *§. 1. Inst. de act.* Nec mirum sit has partes horum judiciorum a nobis, & locis, & tractatione separari. Nam cum re ita distinctæ sunt, ut diximus: tum vero ita separatim tractatas in Institutionibus, videmus: de præstationibus enim earumque obligatiooe scriptum est ut in loco in *d. §. item si inter, Inst. de oblig. quæ ex quas. contract.* de rerum autem divisione eorum judiciorum propria longo intervallo postea nempe peoultimo Titulo, qui est de officio judicis.

CAP.

CAP. XII.

Imminui etiam interdum jura dominii ita, ut quæ domino detrahuntur, transferantur ad alios: quæ jura sunt ea, quæ exteri obtinent in rebus alienis. Ideo & de his post dominos dilata tractatio: sic tamen ut ex illis intelligi debeat, quatenus per ea jus domini imminuatur. Dominium ita constitutum, ut jura ejus esse diximus, quomodo amittatur, & una cum dominio jura domini rei relicta.

Transitio; & propositum Auctoris; & ratio ordinis. I.
Dominium aut volente domino amittitur; aut eo ignorante & invito. II.
Voluntarius amittendi dominii modus, alienatio. Quatuor alienationis genera. III. IV.
1. *Translatio. Quid illa sit; quibus efficiatur modis; & quomodo ex ea dominii amissio nascatur.* V.
2. *Manumissio. Cur hæc etiam amittendi dominii causa, & alienationis species. Quæ utilis & recta, quo loco dictum.* VI.
3. *Res pro derelicto habita. Quæ talis habeatur, quo item loco tractetur.* VII.
4. *Usucapio. Quomodo & ipsa voluntariæ alienationis genus & quid intersit utrum volente, an invito domino amittatur in usucapione dominium.* VIII.
Causæ ex quibus dominium amittitur, invito domino, plures. Genus illarum duplex. IX.
Quæ ad prius genus pertineant. Et cur alibi adornata earum enarratio propria sit hujus loci. X.
Posterioris generis caussæ ad dominii translationem revocatæ: totidem amittendi dominii, invito domino, quot fere hujus transferendi genera seu caussæ. XI.
Summa talium caussarum genera quæ. Et cur singula hic obiter explicata. XII. XIII.

I. HÆc de priore genere imminutionis dominii dicta sunt. In quo sunt hæ species, quibus jura dominii ita domino minuuntur, ut nihil inde ad alios transeat. Dixi alterum imminutionis genus esse, cum superiora jura ita minuuntur, ut quæ detrahuntur domino, transferantur ad alios, quod genus maxime dominis detrahi apparet. Ideo enim incipiunt hæc jura esse aliorum, quia prius dominis erant adempta. Hæc vero sunt ea, quæ alii, quam domini in rebus alienis obtinent. De quibus cum separatim post dominos dicere instituerimus: ea nunc non attingam. Tantum quod dominorum proprium est, nunc exsequar; hac lege tamen, ut velim intelligi, quæ alii tributa dicemus; ea nunc quoque hic locum habere, atque ita debere accipi, quasi hoc loco dominia detracta & imminuta esse dixissemus. Quo docendi caussa concesso, ad reliqua, quæ sunt dominii, pertexenda jam pergemus. Hoc autem reliquum, ut quæcumque domini jura sunt in re sua: sive ea sunt illa omnia, quæ justi dominii esse placet; sive ita imminuta, ut modo diximus: moneamur nondum plane constitutum esse dominium, quod quærimus. Fieri enim potest, ut recte quæsitum postea amittatur. Quod si fit: non magis dominus erit, qui aliquando cœperat, nec magis ullam partem dominii obtinebit, quam si nunquam dominus fuisset. Ita restat, ut quæratur quibus modis dominium amittatur, ne ibi dominii jura aliqua requiramus, ubi nullum dominium est. Non attingimus nunc eos modos, quibus ab eo, ad quem res pervenerat, justis de caussis revocatur, ut sic deinde revocata ejus esse desinat. Veluti, cum ut indebitum solutum quid repetitur; ut datum ob caussam caussa non secuta; ut vi extortum, cum donatio ob liberos postea susceptos, aut ob justas caussas ingratitudinis revocatur; & si quæ sunt caussæ similes: de quibus inter justas obligationum & repetitionum caussas dicendum est. Hoc dico etiam ipso jure dominium, quod alicujus fuerat, amitti, ut exinde dominium & dominii jura desinant. In quo natura rerum nos docet id accidere, quod Ulpianus in *L. ult. D. de legib.* bene scripsit ad omne jus nostrum, idest, ad id omne, quod nostrum est pertinere, ut id consistat aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo. Aut enim id agi, quemadmodum quid cujusque fiat; aut quemadmodum quis rem aut jus suum conservet, aut

aut quomodo alienet aut amittat. Et naturæ quidem ac rerum ordo eo nos deduxit in rebus privatis, ut de duobus prioribus eodem ordine huc usque diceremus. Nam & quomodo res seu dominium eorum acquiratur, primo loco dictum est, & deinde quodnam sit id jus dominii, & quomodo conservetur. Restat natura tertium, ut videamus, quousque id pertineat. Quod ita fiet, si dixerimus, quomodo amittatur.

II. Amittitur dominium partim volente domino; partim invito, & ignorante.

III. Voluntate domini, alienatione. Sic enim generaliter alienationem vocamus, cum dominus quovis modo rem a se alienam facit, etiam si in alium non transferat, veluti manumissione servi. *L. ult. C. de reb. alien. non alienand.*

IV. Alienationis species sunt quatuor, ac totidem dominii volente domino amittendi: translatio rei voluntaria, manumissio; derelictum; usucapionis patientia.

V. Translatio rei est, cum voluntate domini dominium in alium transfertur iis modis, quibus transferri solet. Quod fit inter vivos [1] traditione rei transferendi caussa; ex suprema autem voluntate institutione heredis extranei, & legato. Traditione dominia rerum acquiri & transferri constat. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis. qua ratione §. hæ quoque, D. de acquir. rer. dom.* Sed & transferuntur, alienanturque res domini voluntate, si quis heredem instituit. *L. si ita quis*, 135. *§. ea lege, D. de verborum oblig.* Quia scilicet hoc modo consequuntur heredes dominium rerum hereditariarum. *L. cum heredes, in princ. D. de acq. poss. L. heres in omne, D. de acquir. hered.* Si hæc in heredis institutione alienatio & translatio est: multo magis in legato, cujus dominium constat recta in legatarium transire, ut & ad eam rem legatum comparatum est. *L. a Titio*, 64. *in fin. D. de furt. L. legatum.* 80. *D. de legat.* 2. Ac de acquisitione dominii: quæ sit ex his caussis, satis superioribus libris supra diximus. Vel hinc intelligitur, iisdem modis dominium priori domino, vel heredi ejus amitti; sive quod non dicitur transferri, aut transire in aliquem, nisi quod priori exemptum transfertur in alium. Sive quod dominium posteriori acquiri jure non potest; quin priori sit amissum: quoniam duo domini ejusdem rei in solidum esse non possunt. *L. 5. §. ultim. D. commodat.* Denique generalis sententia est ex hoc jure in *L.* 1. *D. pro derel.* iisdem modis res desinere esse nostras, quibus acquiruntur.

VI. Manumissione dominium amitti domino certum est. Tamdiu enim solum servus in dominio est, quandiu servus est, ut declarat definitio servitutis. *L. 4. D. de stat. hom.* Manumissione autem servus esse desinit. Proinde & in dominio. Idque est, quod dicitur, quandiu quis in servitute est, eum manui & potestati suppositum esse: manumissum autem liberari domini potestate. *Inst. de libert. in pr. L. 4. D. de just. & jur.* Potestate, id est, dominio. Nam potestas in servis, dominium est, quod dominus in servum obtinet. *d. L. 4. D. de stat. hom.* Inter species autem alienationis satis aperte numeratur manumissio in *L. ult. C. de reb. alien. non alienand.* cum prohibita rei alienatione, placet etiam manumissionem mancipiorum contineri. Quæ recta sit & utilis manumissio dictum est supra *Lib.* 2. *cap.* 12. *&* 13. Quæcumque ejusmodi est, intelligere debemus eam solam esse, qua hic dominium amittatur.

VII. Res pro derelicto a domino habita, ita prioris domini esse desinit, ut incipiat esse nullius. Unde & fit occupantis. *L.* 1. *D. pro derel.* Quæ res pro derelicto haberi & quando intelligatur, dixi supra *Lib.* 4. *Cap.* 13.

VIII. Usucapione constat dominium acquiri ei, qui usuceperit. *L. 3. D. de usurp. & usuc. Inst. de usucap. in pr.* Jam dixi hoc ipso satis declarari, usucapione dominium priori domino amitti: quoniam duo in solidum ejusdem rei domini esse non possint. *d. L. 5. §. ult. commod.* Ita qui noverit, quomodo res usucapiatur: idem quomodo dominium priori domino amittatur, noverit. Ac de usucapione, deque hoc ejus effectu, satis supra a me dictum est *Lib. 5. Cap.* 29. Notandum, usucapione sic priori domino dominium amitti; ut existimetur jure hæc ipsa amissio in priore domino species quædam esse alienationis. De quo sic Paulus in *L. alienationis. D.* de verb. significat. *Alienationis verbum etiam usucapionem continet. Vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.* Ne quis putet supervacuo hoc moneri, quasi dum usucapione amittatur dominium, parum referat, quomodo amittatur, volentene & alienante domino, an invito. Sane enim ad amissionem dominii nihil interest: ad interpretationem autem

1) *L. fere 153. de R. L. vel. Alex. Turamin Lib. sing. de. IL. P. 3. C. 2. n. 70. & seq.*

tem earum legum, quæ interdicunt alienationem, interest plurimum. Superior enim sententia de specie alienationis docet, prohibitiooe ea hoc contineri, ne res alienari prohibita possit usucapi, si osucapio post interdictionem cœperit, quod in fundo dotali responsum est in *L. si fundum. D. de fund. dot.*

IX. Invito domino, dominium amittitur aut ex iis caussis, ex quibus res in totum dominos habere desinnnt; aut ex iis, ex quibus transferuntur ad alios.

X. Qnæ res desinunt habere dominos, eorum tria snnt genera, quæ invito domino babere desinuot, feræ bestiæ, cum in nsturalem libertatem evaserint; *L. 3. L. 4. L. 5. D. de acq. rer. dom. §. feræ. Inst. de rer. divis.* Loca a mari occupata, aut quæ in mari vel in litore ædificio occupata erant, si ædificium dirutum fuerit; *L. pen. L. in tantum. in pr. D. de rer. divis.* Thesaurus, id est, pecunia jam olim ita deposita, ut depositionis non cxstct memoria. *L. nunquam. §. thesaurus, D. de acq. rer. dom.* Et de his rebus in jure rerum acquirendarum satis diximus *Lib. IV. Cap. XIII. & XIV.* Locus enim postulabat, ut cum dicerentur hæ res occupanti acquiri tanquam res nullius: prius exponeretur, quomodo & cur essent nullius. Hoc vero cum aliter fieri non possit, quam si prius qui dominus fuerat, desinat esse dominus: apparet, quod de illa parte illic dictum est, ad hunc locum omnino pertinere.

XI. Quæ res transferuntur ad alios, ex his etiam plereqnæ transferuntur invito domino. Quod cum fit, totidem modis accidere necesse est, ut domioium priori domino invito amittatur. Non enim alia de caussa transit ad alium, quam quod a priore domino recessit. Neque enim potest ejusdem rei dominium penes duos esse in solidum, ut aliquoties jam diximus. *d. L. 5. §. ult. D. commod.* Qnibus autem ex caussis ita res acquiratur aliis, dixi supra *Lib. V. Cap. II.* Ita simul qoibus modis dominium ammittatur invitis, in hoc genere dictum est. Ne quid tamen hic desit, & ut ratio tota amittendi dominii statim posita sit iu conspectu, genera ipsa caussarum hujus partis propria pancis indicabo, quæ suis locis fusius tractata inde petantur.

XII. Ex iis ergo rebus, quæ transeunt ad alios invitis dominis & viventibus; quarumdam dominium aut voluotas testatoris adimit; aut hostilis occupatio; aut ad rem alienam accessio; aut magistratus judicisve auctoritas; aut ipsius domini delictum.

XIII. Voluotas testatoris id facit in rebus ipsius testatoris, quas ille sub conditione legavit alii. Nam pendente conditione, hares dominus est; & si interim rem alii tradit transferendi caussa: dominium transfert. Sed, exsistente conditione dominium ab eo recedit, & fit res legatarii: & si ante res fuit ab eo alienata, idem novo domino contingit: *L. & post, 12. §. 1. D. fam. ercisc.* Occupata bello ex hostibus ut fiunt occupantis, ita priorum dominorum esse desinunt. *L. 5. in fin. L. adeo, in pr. D. de acq. rer. dom.* de qua occupatione dixi supra *Lib. IV. Cap. XXI.* Accessione desinuut esse prioris domini, quæ rei nostræ per accessionem cedunt: aut pecunia quæ alienæ ita mista est, ut discerni non possit. De quo genere etiam propriis titulis supra dictum est, ut *Lib. IV. Cap. XXII., & XXXII.* Auctoritas magistratus & publica plerisque in caussis rem aufert domino, & transfert ad alios, de quo diximus *Lib. V. Cap. III.* Delictum domini res domino aufert aut propter vim ab illo illatam, aut ex iis caussis, ex quibus res fisco ob delictum viodicaotur. Propter vim, si dominus rem suam ab alio possessam per vim eripuit, aut possassionem ad se transtulit. Nam hoc facto dominio suo cadit, & res transfertur in eum, qui vim passus est, ex constitutionibus. *L. si quis in tantam, C. unde vi.* Transferuntur autem res propter delictum ad fiscum, aut commisso, aut domini damnatione, aut ejus indignitate. Committuntur, seu in commissum cadunt merces, quæ vehuntur, si vel [2] illicitæ sint merces, idest, merces alio transferri prohibitæ. Quo casu & navis in qua aliquid illicite impositum est, vindicatur fisco: *L. cotem. in pr. & §. dominus, D. de publican.* Vel merces quidem licitæ, sed quas dominus [3] professus non est

2) De quibus vid. Briss. 4. *Antiq.* 4. & quæ ex eo, non laudato, notat Goth. *in d. L.* 11. §. 2.

3) Vid. Coler. *de Proc. exsec. Pr.* 1. C. 3. n. 79. *Menoch. de arb. Cas.* 397. Immo & ex sola professione omissa, etiam rerum ex quibus vectigal non debetur pœna est committendi, per *L.* 16. §. 3. ibi, *sive immunia D. d. t. junct. L.* 5. *C. de vectigal. & comm. & arg. d. L.* 16. §. 9. Cujac. 14. *Obs.* 3. Duar. *ad d. t. D.* C. 3. Quid si res plurium sit & unus fraudaverit? Illius tantum portio auferetur, *d. L.* 8. §. 1. ubi res *munis* vocetur, quæ fisco obligata, ut recte Rev. 3. *Var.* 2. resistente licet Cujac. 9. *Obs.* 24. *in fin.* quia opponitur immuni. Sic Plaut. in *Mercat. Act.* 1. *Sc.* 1. dico pro meritis me *munem* fore, id est obligatum. Jure Saxonico non incidunt merces in commissum; sed pœna est solutio quadrupli vectigalis, si valvorum, pontium, sive aquarum telonium non persolvatur: sic forense 30. Land. *lib.* 2. *Art.* 27. vid. Coler. *Decis.* 191. & d. C. 3. n. 74. *& seq.* Beust. *in L. admonendi* 31. *de Jurejur. n.* 849.

est fraudandi vectigalis caussa. *L. fraudati, L. commissa, in pr. D. eod.* Quod commissum est, statim desinit ejus esse, qui crimen contraxit, dominiumque rei fisco acquiritur. *d. L. commissa, d. L. cotem, §. dominus*, eod. *Commissum* dictum, quod velut committitur & traditur fisco id, quod ex hac caussa transfertur, ut de eo fiscus pro suo jure statuat. Damnatione bona publicantur, idest, publica fiunt fisci, cum quis damnatus est rei capitalis, idest, ex ea caussa qua damnato vel mors, vel deportatio, vel servitus contingit. *L. 1. D. de bon. damnator. L. 2. in pr. D. de pœn.* Indignitate domini fit, ut dominium ei amittatur ex iis caussis, ex quibus res ut indignis auferuntur, & vindicantur fisco. Quæ sint hæ caussæ declaratur propriis titulis. *D. do his quæ ut indignis aufer. & C. de his, quibus ut ind. her. auf.* Atque hæc genera posteriora tria iden nunc indicanda fuerunt, ut intelligeretur id, quod est proprium hujus loci, nempe his modis dominium privatis amitti. Sed satis fuit indicasse; quoniam horum acquisitio ad jus fisci pertinet. Jus autem fisci, publicum. Ideo de jure fisci & Reip. in jure publico dicendum est.

CAP. XIII.

Jura, quæ ab his, qui domini non sint, obtineantur in rebus alienis, quinque hæc esse: Jus emphyteuticum; Jus superficiarium; Jus bonæ fidei possessoris; Pignus; Servitutes. ac primum De agris vectigalibus: seu de jure emphyteutico. Quid sit: Cur ita dictum; & Quemadmodum constituatur, acquiraturve.

Rerum nexus, atque ordo. I.
Quot & quæ jura a non dominis habeantur in rebus alienis, duo ex his dominio proxima, alia non item. II.
Juris emphyteuseos definitio, de græco verbo ἐμφυτεύειν; ejusdem notatio nominis, & conjugata. III.
Ager vectigalis, atque emphyteuticarius apud veteres non re, sed nomine discrepant. Quis hujus definitionis usus; & unde diversa nominis appellatio. IV. V.
Rerum tractandarum partitio. VI.
Juris emphyteutici constitutio quibus constet partibus; seu causis. VII.
Jus emphyteuticum solus, & recto constituit, quicunque est rei dominus. VIII.
Nihil interest ad rectam emphytenseos constitutionem, utrum privatus sit rei Dominus, an civitas & municipium: explicatur locus Pauli in L. agri, D. si ag. vectig. IX.
Ratio. X.
Jus emphyteuticum non in mobilibus rebus consistit, sed in agris. An in ædibus. XI.
Eosdem esse juris emphyteutici constituendi, quos transferendi dominii modos: pactiones, & testamentum. XII.
Testamento recte constituitur emphyteusis, & quare, & quatenus. Inter legatum rei simpliciter legatæ, & in emphyteusim relictæ quid differat. XIII.
Pacto quoque contrahentium valet emphyteusis: sed ad hujus substantiam scriptura necessaria. XIV.
Item necessaria traditio ad perfectam ejus constitutionem. Dominii & servitutum exempla. XV.
Contrariis occurritur. XVI.
Quid Zenonis Constitutio perfecerit, dum emphyteusim validum & justum esse contractum jussit, & ab emptione & locatione distinctum voluit. XVII.
Tria in contractu emphyteuseos spectanda. XVIII.
Jus emphyteutæ. Et quale sit. XIX.
Tempus. Et hoc aut perpetuum, aut non modicum. Utriusque explicatio, & Bartoli sententiæ explosio. XX. XXI. XXII.
Pensio, & hæc annua eademque certa: Quatenus sit contractus emphyteutici pars præcipua, & ejus forma. XXIII.

I. SEd ut dominio semel quæsito si amissum fuerit, jura domini intereunt: ita sit hoc constitutum, dominum, idest, eum cui semel res quæsita est, quandiu dominus erit, semper jus de re sttuendi habere, aut plenum, aut si habeat immi-

imminutum, non imminui nisi iis rebus, de quibus partim diximus, partim deinceps dicendum esse ante indicavimus. Non soli vero domini jus habent in rebus privatis & suis. Interdum habent qui domini non sunt, in rebus quidem privatis, verum alienis. Quod fuit alterum genus eorum, quos in rebus privatis jus habere diximus.

II. Hoc habent ii, quorum sunt ea jura, quæ in rebus alienis a dominio separata constitui solent. Hæc jura numero sunt quinque: jus emphyteuticum, seu jus agri vectigalis; jus superficiarium; jus bonæ fidei possessoris; pignus seu hypotheca; servitutes. Ex quibus duo priora sunt dominio proxima, & qui ea habent, quasi domini sunt. Cætera a dominio longe recedunt. De his dicam ordine, quibus expositis exposita erunt jura rerum privatarum.

III. Jus emphyteuticum est jus [1] in agris constitutum, quo ager a domino alieni habendus & fruendus datur vel in perpetuum, vel ad longum tempus, certa pensione in singulos annos constituta, ea lege, ut quandiu pensio domino solvetur, tandiu non liceat rem auferre, neque ei qui accepit, neque his qui in locum ejus successerunt, sive heredes sint, sive ii in quos ipse aut heredes transtulerint. Hæc definitio propemodum expressa est in §. *adeo*, *Instit. de loc.* & similiter. *L.* 1. 2. 3. *D. si ager. vect.* Quæ definitio, cujusmodi sit, intelligemus postea explicatius partibus expositis; neque ita multo post, cum de constituendo hoc jure dicemus. Prius de verbis pauca, ut sciatur, quibus in hac re tota exprimenda veteres usi sint, & unde sint orta: quibus & nos uti similiter oportet. Ipsum ergo illud, quod agitur & constituitur superiore conventione, dicitur *emphyteusis.* Unde res in emphyteusim data, quæ ista lege & jure data est: & qui accipit, dicitur emphyteusim suscipere. *L.* 2. *in pr. C. de jur. emphyteut.* & contractus ἐμφυτευτικός, contractus superiorem fundi constitutionem continens. §. *adeo*, *Inst. de loc.* Hinc qui accipit, uno verbo *emphyteuta L.* 3. *C. de jur. emph.* idem & emphyteuticarius in *L.* 1. *in fin. eod.* Jus constitutum jus *emphyteuticum*, ut in Tit. *C.* vel *emphyteuticarium*, ut in L. 1. *in pr. eod.* Ager in emphyteusin datus, ager *emphyteuticarius*, seu prædium *emphyteuticarium L.* 2. vers. *sin autem*, *C. eod.* Omnia ex uno fonte, quod ager hic in *emphyteusin* datur. Est autem ἐμφύτευσις græcis cultura, seu, ut ita dixerim, [2] implantatio, cujus caussa agri [3] alioqui steriles superiore conventione colendi & fruendi a dominis dantur.

IV. Illud notandum, agrum, qui in emphyteusin datur, in usu veterum etiam agrum seu fundum [4] vectigalem dici, ut non sit alius vectigalis ager, quam emphyteuticarius: nec alius emphyteuticarius, quam vectigalis. Id indicat ille Titulus *D. si ager. vect.* qui in Florentinis Pandectis ita legitur, *Si ager vectigalis*, id est, *emphyteuticarius petatur.* Id est, interpretationis nota, qua non statuitur species nova; sed quæ prius posita erat, alio verbo notiore, idem tamen significante, explicatur. Sic & explicatur in *L. sciendum. in pr. D. qui satisd. cog.* Probant idem evidentius definitiones utriusque generis eædem. Nam quæ definitio est agri vectigalis in *L.* 1. *D. eod.* eadem

1) Aliter definit. Valasc. *Jur. Emph.* Q. 1 n. 2. Aliter Treutl. *P.* 1. *Disp.* 26. *Th.* 9. Sane descriptio nostri nec emphyteusi ecclesiasticæ, nec alii quam perpetuæ competit.

2) Vult. in §. 3. *I. de locat.* n. 2. Valasc. *Q.* 2. n. 4. eo quod initio fere non nisi inculta & sterilia arva sic dederentur, ut excolendo frugifera fierent, non vero ab emponemate, id est melioratione, ut Accursius & alii.

3) Est tamen & vera emphyteusis in locis per se fertilibus, quia illa ratio impulsiva non finalis, Valasc. *Q.* 1. *n.* 6. & *Q.* 2. *n.* 5.

4) Dissent. Corns. *ad L.* 16. *de servit.* n. 90. & *seq.* Valasc. *Q.* 31. A. Fab. in. *Conject.* 11. Sed hic non tantum emphyteusin a jure vectigalis agri differre contendit, verum & emphyteuseos nomen ante Zenonem inusitatum fuisse scribit. Quem liquidi erroris convincunt *L.* 15 §. 1. *Qui satisd. cog.* *L.* 3. §. *si jus* ἐμφυτευτικὸν 4. *de reb. error. qui sub. tut.* *L.* 1. & 2. *C. de fund. patrimon.* per omnes fere LL. quæ Zenone anteriores auctores habent. Idem Faber 65. *Err. Pragm* 9. non pene in alio agrum vectigalem ab emphyteutico differre, quam quod ille publicus sit, *L.* 1. *Si ag. vect.* *L.* 11. *de Publican.* hic privatus, sive privati sit hominis, sive fisci *L.* 1. *C. de fund. patrim.* Et tamen 64. *Err. Pragm.* 1. *circ. fin.* hanc magni momenti differentiam (si vera esset) tradit, quod ager vectigalis libere vendatur citra pœnam commissi, nec res auferri possit, quandiu vectigal pendatur, sive a venditore, sive ab emptore per *L.* 2. *Si ag. vect.* ubi verba, *qui in locum eorum successerunt*, de successore etiam singulari interpretatur. Sed si ita, quod & noster vult, vid. *C. seq.* N. 3. non tamen alius in rem successor accipi debet, quam in quem rite, juxta juris requisita, res translata. Quin si maxime ponamus ita fuisse tempore Pauli ICti Id tamen *L. ult. C. h. l.* immutasset. *Ibidem* Faber *in fin.* & 65. *Err.* 4. graviter insectatur Tribonianum, vel quisquis titulum Digestorum sic conceperit, id est *emphyteuticarius*, (cujus rei & ante eum, Tribonianum hic insimulavit Gedd. *ad L.* 27. *de V. n.* 19.) Sed hic mos est Fabri, non imitandus, ut ubique in Tribonianum culpam conferat. Idem *d. Err.* 4. Cujacium *in Par. h. l.* notans, nunquam a ICtis vectigales agros vocari scribit, nisi qui sunt civitatum (1) per *L.* 1. *pr. h. l.* (unde hoc non infertur, nisi quis & sic ex. gr. recte argui contendat: Privata conventio alia legitima, alia juris gentium *L.* 5. *de pact.* Ergo publico nulla juris gentium, & in similibus infinitis) (2) per *L.* 12. §. 2. *de Public. in rem* *l.* 15. §. 27. *de damn. inf.* ubi tractatur de agris vectigalibus, quæ usucapi non possunt, quod privilegium vult ille favore reipublicæ constitutum, nec commune esse emphyteuticis fundis, a privatis constitutis. Sed præsupponit Faber quod controversum est, & refellitur ex *d. L.* 12. §. 3. ubi idem statuitur in superficiariis ædibus.

dem est agri emphyteuticarii in *d. §. adeo. Inst. de loc.* Scimus autem definitionem id ipsum esse, quod res est, quæ definitur: ut quorum definitiones eædem sunt; ea quoque inter se necesse sit esse eadem.

V. Quod moneri eo conducet, ut si quid legamus de fundis & prædiis vectigalibus, sciamus id dictum esse de jure empyteutico: & vice versa si quid legamus de fundis emphyteuticariis & jure emphyteutico, sciamus pertinere ad eos fundos, qui dicuntur vectigales. Ager emphyteuticus a cultura, & velut implantatione, ut dixi. Vectigalis a vectigali, quod pro eo penditur. *L. 1. D. si ag. vect. L. lex vectigali. D. de pignor.* Sic vocatur ea pensio, quæ eo nomine præstatur domino *d. §. adeo. Inst. de loc.* nomen ex eo, quod præstatur hæc pensio, non ut aliæ, quæ præstantur pro usu rerum locatarum, sed ut solent vectigalia publica pro rebus, quæ alioqui nostræ sunt. Eam pensionem Justinianus vocat etiam *canonem* in *L. 3. §. necessitatem. C. de jur. emphyt.*

VI. Jam de jure ipso videamus. Et quoniam in eo id agitur, ut jus constitutum haberi possit: tum ut constituto, quantum, id est, & quatenus perseveret, recte uti liceat: nempe de eo eadem illa tria, quæ in omni alio jure nostro, cognoscenda sunt: primum quomodo constituatur seu acquiratur, ut esse incipiat: tum constitutum quale sit, seu quid contineat, ut eo liceat uti: tertium quousque liceat, id est, si forte finitur, quibus modis amittatur.

VII. Constituitur hoc jus ex suis caussis jure cognitis. Quas in hoc jure quatuor licet observare easdem, quibus fere res omnes constant. Sunt autem hæ: personæ constituentium, velut efficiens caussa: res tanquam materia, in qua hoc jus consistit: constituendi modus & forma: & constituendi finis.

VIII. Personæ constituentium sic habent: Jus emphyteuticum in prædio solus recte constituit agri dominus. Unde ubique is, cui ab emphyteuta pensio præstatur, vocatur dominus. Ut intelligamus non alium recte constituere, quam dominum rei. *§. adeo. Inst. de loc. L. 2. §. 1. & ult. L. 3. tota. C. de jur. emph.* Et certe nemo plus juris in re quaque in alium transferre potest, quam ipse habet. *L. nemo plus, D. de regul. jur.*

IX. Ex contrario quisquis dominus est, id recte constituit; sive sint municipes, aut civitas, sive privati domini. Sic quidem de agris vectigalibus scriptum est in *L. 1. D. si ager vect.* ut conferatur oratio & definitio ad agros civitatum & municipum. Sed hoc de agris civitatum exempli caussa, dictum est, quia agri civitatum frequentius in emphyteusin darentur fruendi certo vectigali annuo constituto, quam alienarentur. Cæterum & privatis dominis non minus licet agros suos eodem modo dare, & constituere emphyteuticarios, seu vectigales.

X. Constitutio Zenonis, quæ est de jure & contractu emphyteutico, jubet hunc contractum justum validumque esse de omnibus, quæ inter utrasque contrahentium partes placuerunt. *L. 1. C. de jur. emph.* Quæ verba non minus ad privatos contrahentes pertinent. Præterea in *§. adeo. Inst. de locat.* Justinianus de prædiis emphyteuticariis ita loquitur; ut statuat ea esse, quæ quibusdam perpetuo fruenda traduntur ea lege, ne auferre liceat, quandiu pensio pro his *domino* præstetur. Dixit, *domino*, non dominæ civitati, aut dominis municipibus, ut intelligeremus jus hoc a quovis domino etiam privato constitui posse, ut sic deinde illi pensio pro eo jure recte præstetur. Postremo non hoc tantum civitatum & municipum jus est, ut res suas possint transferre ad alios, sed & privatorum. *§. per traditionem. Inst. de rer. divis.* Qui dominium ipsum transfarre potest, multo magis jus in re, quod minus est, quale est emphyteuticum, potest transferre. *L. non debet cui. D. de reg. jur.* Sane si cui interdicta erit agri alienatio, cum in emphyteusin non dabit: quoniam ut supra diximus hujus Lib. Cap. X. emphyteusis hac prohibitione contioetur. *L. ult. C. de reb. al. non alienand.* Hinc est, quod *ecclesia* (*) *res ecclesiasticas quamvis suas in emphyteusin dare non potest, nisi iis conditionibus, quæ præscribuntur Novella Justiniani*, de alianat. & emphyt. *quippe prædiorum ecclesiasticorum alienatio inhibetur* eadem constitutione.

XI.

(*) Alienatio rerum Ecclesiasticarum & multo ante Justinianum, & post ejus tempora fuit a Sacris Canonibus interdicta; & modi quidam alienationis solemnes præstituti; & pœnæ adversus contumaces sancitæ. Ant. August. *in Epit. Jur. Pontif. Lib. 15. tit. 31.* Novissime vero tota hæc juris pars Paulina Constitutione, quæ incipit. *Ambitiosæ.* comprehensa. Quibus Ecclesiasticis Legibus in re Ecclesiastici juris pareri necesse est. Minus itaque necessaria, immo nullius auctoritatis, atque usus est Justiniani Novella 120 qua Ecclesia non obligatur. Vid. Gonzal. *in Comment. ad Cap. I. de his quæ fiunt a Prælat.* Emin. Petra *in Comment. ad Constit. Apostol. in Const. Leon. M. Tom. I. Sect. I. n. 13. n. 19. & seqq. n. 37. & seq.* Leuren. *For. Eccles. Lib. 3. tit. 13. Q. 181.*

XI. Res, in qua consistit jus emphyteuticum, est ager, seu fundus. Non ergo in emphyteusin dari possunt [5] res mobiles, sed nec ex immobilibus [6] ædes. Soli sunt, ut dixi, agri qui fiant & dicantur vectigales aut emphyteuticarii. Unde passim legimus agrum vectigalem, & fundum vectigalem de rebus emphyteuticariis. *L.* 1. & toto *Tit. D. si ager vect. L. lex vectigali. D. de pignor.* Nominatur quidem indefinite prædium vectigale in *L. tutor*, §. *ult. D. de pignorat. act.* Sed ne hic verbo prædii generali intelligamus contineri prædia etiam urbana, id est, ædes, ut est verbi usus *L. urbana. D. de verb. significat.* ibidem sic prædium vectigale appellatur: ut nominatim distinguatur a prædio superficiario, id est, a superficie, & ædibus, quæ habentur in alieno solo, de quo postea. Legimus tamen vectigales ædes in *L. si finita.* §. *si de vectigalibus ædibus*, *D. de damn. inf.* Sed ex usu perpetuo juris illic accipiemus ædes vectigales, quæ sunt in prædio vectigali ædificatæ: aut dicemus abusive vectigales dictas pro superficiariis. Sed prius verius est, cum vectigale prædium aperte distinguatur a superficiario in *d. L. tutor.* §. *ult. de pignorat. act.*

XII. Constituendi, transferendique juris emphyteutici iidem modi sunt: qui & dominii transferendi. Duobus igitur modis fundus in emphyteusin dari potest, ut sit jus emphyteuticum in fundo constitutum, efficiaturque fundus vectigalis & emphyteuticarius: testamento & pactionibus.

XIII. Testamento recte constituitur, cum testator [7] dat legat alicui fundum, ut sit apud eum *emphyteusis jure*, certa pensione in singulos annos constituta, ut fert hujus *juris* natura. Si res ipsa simpliciter legata esset, transiret dominium rei legatæ ad legatarium *L. a Titio*, 64. *D. de furt.* Transibit igitur eadem voluntate & jus emphyteuticum legato constitutum. Minus est enim hoc jus, quam dominium: nec debet, ut paulo ante dixi, cui quod plus est licet, quod minus est, non licere. *L. non debet cui*, *D. de reg. jur.* Sed & ususfructus & servitutes testamento constitui possunt eodem genere legati. *L.* 6. *D. de usufr. L. via*, *D. de servit.* suntque hæc itidem jura in re sua a domino constituta. Cur qui unum genus juris in re sua constituere potest testamento, non possit & aliud quodvis, quamvis majus, ratio reddi non potest: cum non alio jure in uno genere constituendo dominus utatur, quam quod sit dominus. Sed inter legatum rei simpliciter legatæ, & rei in emphyteusin relictæ hoc interest, quod res legata recta transit ad eum cui legata est: *d. L. a Titio*, *D. de furt.* non item jus emphyteuticum. Quia enim quod legatur in emphyteusin, legatur, addita certa pensione, quam legatarius eo nomine præstet: habet hæc præstatio & obligatio conditionem, si legatarius velit. Neque enim invitus obligari debet. *L.* 6. *in pr. D. de acq. her.* Quocirca tunc solum illi quæretur jus emphyteuticum, cum dixerit sibi legatum & pensionem placere. Idemque plane hic eveniet, quod fieret, si fundus certo pretio alicui venditus esset testamento; aut heres jussus certo pretio vendere. *L. etsi æquo*, 66. *D. de leg.* 1. *L. qui quatuor*, 30. §. *si fundum*, *D. de leg.* 3. Nam & constitutio fundi vectigalis similis est venditioni aut locationi. *d.* §. *adeo*, *Inst. de loc.*

XIV. Pactione hoc jus constituitur, cum de re in emphyteusin danda inter dominum, & eum qui suscipit, convenit. Hunc contractum valere jubet constitutio Zenonis: *L.* 1. *C. de jur. emph.* sed hac [8] conditione, si scriptura interveniat. Sic enim cavet; *justum esse hunc validumque contractum, in quo cuncta pactionibus, scriptura interveniente, habitis placuerint.* Hæc verba, *in quo placuerint*, demonstre-

5) Vid. Valasc. *Q.* 1. *n.* 4. & *Q.* 12. ubi & quid de rebus solo cohærentibus, annuis reditibus &c. Ratio autem est non quod in re mobili dominium directum ab utili distingui non possit; nec quia res mobiles perpetuum aut diuturnum usum non præstant, nam huic rei occurri posset per cautionem, ut in usufructu earum rerum &c. sed quia in illis non datur cultura, melioratio, &c. Valasc. *d. Q.* 12 *n.* 11.

6) Sed verius est etiam in domibus consistere posse emphyteuses, licet prima earum institutio fuerit de prædiis, Valasc. *Q.* 12. *n.* 1. Zoan. *Rer. Quotid. C.* 59. *n.* 1. non tantum propter *d. L.* 15. §. 26. ad quam dura est nostri responsio. Neque enim frequens est stipulatio damni infecti in ædificiis rusticis, quæ fere non contigua esse solent ædificiis vicinorum. sed & per *Nov.* 120. *C.* 1. *Auth. si quas ruinas C. de SS. Eccles.*

7) De nominatione emphyteuticaria in testamento, an legati naturam habeat, & an, testamento everso, casibus illis, quibus legata rata manent, sustineatur vid. Clar. §. *Emphyteusis Q.* 4. Valasc. *Tomo* 2. *Consult.* 81.

8) Quæ communis opinio est, vid. Valasc. *Q.* 7. A qua recedunt Connan. 7. *Comm.* 13. Cujac. *in Recitat. ad h. l. C. per L. ult.* verbis, *vel forte instrumentum C. h. t.* Si enim amissio nihil nocet, nec nocebit omissio. *Heinecc. in L. naturalis* 5. *de praescr. verb. Axiom.* 4. Quæ opinio inde speciosa reddi videtur, quod Emphyteusis sit contractus solo consensu initus, quod & *d.* §. 3. *I. de Loc.* & ordo in Cod. observatus convincit. Quare ad sui validitatem scripturæ interventum non exigit, alias nasceretur obligatio ex literis. Sed his occurritur *infra Lib.* 13. *C. ult.* Nihil sane hanc opinionem juvat *Nov.* 7. *in fin. præfat.* Nam ibi, *gesta monumentorum* significant actorum insinuationem, ut in *L.* 34. *pr. C. de donat. Nov.* 117. *C.* 11. *vers. si autem Auth. si quis liberos C. de nat. lib.* Nec igitur inde probatur Anastasium primum (prius te non Zenonem) requisivisse scripturam non in omni emphyteusi, sed certa ejus specie.

strationem habent in futurum conceptam: hujusmodi autem demonstratio conditionem habet, *si placuerint. L. 6. D. de leg.* 1. ut sit sensus; si modo cuncta placuerint, scriptura interveniente, idest ita, ut scriptura interveniret. Ex quo colligitur, si scripto res gesta non erit, nihil agi. Quod præter regulam juris receptam esse apparet, qua fit, ut scriptura ad rei gestæ substantiam aut fidem non sit necessaria. *L. 4. D. de pignor. L. 4. D. de fid. instrum.* Sed in hoc contractu scripturæ exigendæ ratio hæc fuit, quod cum res hic detur vel in perpetuum, vel in longum tempus: vix est, ut rei gestæ exstare memoria possit sine scriptura.

XV. Non tamen ut hic contractus justus præcesserit, continuo fundus constituitur emphyteuticarius, seu constituitur transferturque jus emphyteuticum: fundum etiam tradi oportet eo nomine. Ut dominia non acquiruntur solis pactis, sed traditionibus; etiam cum pactum & conventio antecesserit: *L. traditionibus, C. de pact.* sic nec jus empyteuticum, quod dominii instar obtinet, ut paulo post dicetur, *L. possessores, in fin. C. de fund. dot.* Ne servitutes quidem pactionibus aut stipulationibus constitutæ aliter acquiruntur ei, cui constitutæ sunt: quam si fuerint ei traditæ, aut quid intervenerit, quod cederet pro traditione. Ususfructus consensu constitutus, nihilominus dari debet fructuario, ut ei acquiratur: & dari ei intelligitur, cum inducitur in fundum fruendi caussa. *L. 3. in pr. D. de usufr.* Sed & servitutes prædiorum non aliter imponuntur prædio servienti, & dominanti acquiruntur: quam si domino prædii dominantis quasi traditæ sint. In quibus usus dominantis, & servientis patientia pro traditione habentur. *L. quoties, ult. D. de servit. L. 1. in fin. D. de servit. rustic. prædior.* Multo ergo minus jus emphyteuticum acquiretur empyteuticario, nisi prædium ei empyteusis caussa traditum fuerit. Plus est enim omnibus modis in jure empyteutico, quam in usufructu & cæteris servitutibus. Idcirco non temere prædia emphyteutica ita describuntur in *d. §. adeo, Inst. de loc.* ut dicantur esse ea, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur: recte *traduntur*, ut intelligamus non prius ea fieri empyteutica, seu emphyteutici juris, etsi contractus empyteuticus de his eo nomine tradendis præcesserit. Id eam vim babet, ut si dominus post hunc contractum interpositum, re nondum futuro emphyteutæ tradita, eum fundum alii vendiderit, & tradiderit: nihil 9 juris sit emphyteute isti in eo fundo, sed totum transferatur in emptorem. Solum emphyteuta actionem habet ex eo contractu in personam domini & heredes ejus in id, quod sua interest fundum traditum fuisse. Id ita fieret, etsi dominus fundum ipsum vendidisset simpliciter alicui emptori primo: deinde, fundo nondum tradito, eum alteri vendidisset ac tradidisset. Nam & hunc posteriorem, cui res tradita est, placet in dominio detinendo esse potiorem, solum actione ex empto priori emptori relicta, ob rem non traditam. *L. quoties, C. de rei vind.* Quod adversus eum emptorem, cui non tantum emptione tributum fuit, multo magis probandum est. Utrumque ex eo, quod & dominium, & jus emphyteuticum non nisi traditione acquiritur.

XVI. Non est contrarium, quod lex Zenonis jubet hunc contractum firmum esse. Nam & pactiones firmæ sunt ac stipulationes, quibus ususfructus & servitutes constituuntur: neque ideo tamen ista prius acquiruntur, quam tradita fuerint, ut dixi. Valet contractus, ut obligetur, qui promisit se quid daturum: non valet eousque: ut inde res statim transferatur; quoniam traditione transfertur, non pactione sola. *d. L. traditionibus, C. de pact.* Sic & maxime valere constat emptionem, qua priori alieni fundus venditus est: neque tamen ei acquiritur, si traditus ei non erit, sed alii. *d. L. quoties, C. de rei vind.*

XVII. Quid ergo opus fuit, quæret aliquis, constitutione Zenonis, quæ est de hoc contractu confirmando? *L. 1. C. de jur. emph.* Nempe eo pertinuit, ut ex eo contractu etiam solo consensu nasceretur actio, cum aut prius non nasceretur, nisi re & traditione secuta; aut certe de eo ambigeretur. Si esset locatio, ut quidam putabant: jam ante satis constitisset, contractum valere, & ex eo jure civili esse actionem; sed alii dissentiebant, qui magis putabant esse emptionem. Quid ergo? ex horum sententia dicemus potius emptionem esse? At priores dissentiunt, quibus magis placet locationem videri. Et habet utraque sententia suas rationes. Dixeris esse locationem, si pensionem constitutam spectes. Talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cum in emptione unum prætium statuatur semel præstandum. Rursum dixeris esse emptionem, si spectes id, quod agitur de re transferen-

9) Vid. Valasc. post alios *Jur. Emph. Q.* 14. *n.* 7. ubi *n.* 9. aliud esse in venditione duplici emphyteutæ, licet utraque consensu domini facta sit.

renda. Hoc enim agitur; ut veluti dominium quoddam transferatur in emphyteutam: certe ut rei vindicandæ caussa in rem actio in eum transferatur. Quod plane accedit ad emptionem: cujus proprium est, re tradita, dominium transferre, si venditor fuit dominus. *L. ex empto. D. de act. empt. §. venditio. Inst. de rer. divis.* A locatione procul recedit. Hæc enim dominium non mutat. *L. non solet. D. loc.* In hoc veterum dissensu cum de nomine contractus ambigeretur, nihil aliud supererat, nisi ut ex eo contractu ageretur præscriptis verbis. *arg. in L. 1. D. de æstimatore act.* Porro ex qua conventione præscriptis verbis actio fuit; ea non fuit nuda, id est, fuit ejusmodi, ut non nasceretur inde actio, nisi re secuta. *L. explacito. C. de rer. permut. L. 1. illic, item emptio. D. eod.* Ita plane in hac dissensione is contractus fuit, in quo ex solo consensu non nasceretur actio: cum ita jus sit, ut ex pacto non nascatur, nisi convensio transeat in aliud certum nomen contractus. *L. jurisgentium.* in princ. *D. de pact.* dict. *L. 1. D. de rer. permut.* Et ut quis dicat in superiore dissensione ectionem esse potuisse ex solo consensu; quia alterutrum saltem esse diceretur, aut locatio aut emptio, quorum uterque firmissimus est contractus: tamen ne sic quidem obtineri potuit, ut ex eo contractu esset actio, re non secuta. Revera enim neutrum est; ut bene & ex natura rei, neget Zeno jus emphyteuticum conductionis aut alienationis, eoque emptionis titulis esse adjiciendum. Nam, ut modo dixi, non est locatio, quia ex contractu emphyteutico id agitur; ut, re tradita, detur emphyteutæ in rem actio. *L. 1. D. si ag. vect.* Non est actio in rem locatori ex locatione, quia non solet locatio dominium mutare *L. non solet. D. loc.* Non est venditio, quia in venditione unum prætium statuitur, quod pro re tradita semel præstetur; non pro singulorum annorum usu sua pensio, quod est proprium locationis. Quapropter faciendum erat necessario, ut si secundum regulas juris vellemus ex eo [10] contractu sine traditione esse actionem, interveniret auctoritas juris, quo is contractus nominatim confirmaretur. Id præstitit Zenonis constitutio, quæ eum contractum jubet & propriam naturam habere distinctam a locatione & venditione, & nihilominus firmum & ratum esse contractum. Sed meminerimus confirmationem eo pertinere solum, ut contractus eam vim habeat, quæ solet esse cæterorum contractuum, qui solo consensu perficiuntur: nempe ut ex eo agi possit, sicut ageretur ex venditione aut locatione; non etiam ut sine traditione ex hoc contractu dominium transferatur; quod non efficitur ullis conventionibus quantumvis justis *d. L. traditionibus. C. de pact. d. L. quoties. C. de rei vind.* Manebit igitur, jus emphyteuticum constitui & transferri legato, sine ulla fundi vectigalis traditione, ubi semel legatarius emphyteuta legatum juris constituti agnoverit: ex contractu autem emphyteutico ite demum, si fundus eo nomine emphyteutæ traditus fuerit: atque hinc primum fundum constitui emphyteuticarium & vectigalem.

XVIII. Finis constituendi hujus juris, & contractus proprius tria continet, quæ definitione complexi sumus: jus, cujus habendi caussa ager vectigalis datur; tempus, ad quod usque datur; & pensionem annuam.

XIX. Jus tale est. Datur fundus habendus & fruendus ea lege, ut pro tempore constituto non possit emphyteutæ auferri pensionem solvendi. *d. §. adeo, Inst. de loc.*

XX. Tempus huic juri conveniens est, ut aut detur [11] in perpetuum, quod magis hujus contractus proprium est; *L. 1. in fin. D. si ag. vect.* aut ad tempus quidem, ut est in *L. ult. D. eod.* sed ad tempus non modicum. Nam hoc ad constituendam in rem actionem in ædibus superficiariis necessarium esse scribit Ulpianus in *L. 1. §. quod ait, D. de superf.* Quod multo magis in agro emphyteuticario probandum est; cum in eo plus vindicet emphyteuta, qui solum etiam ipsum vindicat; quam superficiarius in superficie, qui, nihil vindicat nisi superficiem, solo semper alieno manente.

XXI. Nec aliud probandum puto in fundo, quem quis ad tempus conductum habet e municipibus, tametsi Bartolus ad *d. L. 1. §. quod ait*, putat [12] huic statim in rem actionem quæri. Sed inauditum

10) Et quidem actio ex emphyteusi, quia est contractus nominatus, si recte Valasc. *Q. 8. n. 5. & seq.*

11) Nam & jus Emphyteuticum vocatur perpetuarium *L. 1. C. de off. comm. sacr. palat.* Baro in §. 3. *I. de Loc.* Valasc. *Q. 36.* Et quia perpetuarii conductores, qui in perpetuum rem conducere *L. 1. L. 3. L. ult. Cod. de locat. præd. civil. Lib. 11.* inde Tiraquellus perpetuam conductionem viribus ac effectu esse contractum emphyteusis, & ob cessationem triennii jus perinde amitti. de *Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 14. n. 84. de quo dubito. Vid. & ea de re Valas. *Jur. Emph. Q.* 29.

12) Cum quo fere A. Fab. 63. *Err. Pragm.* 10. putans si sub lege pendendi vectigalis, & ita ne interim expelli possit conductor, fiat locatio, haud dubie vectigales fundos esse etsi ad tempus locati. Nam, inquit, in *L. 1. pr. D. Si ag. vect.* non tam ex tempore discernuntur agri, quam

ditum est de agro conducto actinnem in rem conductnri dari, nisi ager sit vectigslis, seu emphyteuticarius, etiam si ager datus sit a municipibus. *L. 1. D. si ager vect.* Quippe locatio non mutat proprietatem. *L. non solet, D. loc.* At fundus ad breve tempus locatus a civitate non ideo efficitur emphyteuticarins; alinqui & privata locatinne efficeretur, com nnus & idem contractus emphyteuticus pariter servetur inter omnes, & pariter efficiat agrum emphyteuticum inter qunscumque sit interpositus. *L. 1. C. de jur. emph.* Non recte mnvetur Bartolus hoc argumento quod publicano, qui publicnm locum fruendum conduxit, datur interdictnm ejus lnci retinendi caussa. *L. 1. D. de loc. pub. fru.* Nnn enim iden publicanus, possessione amissa, habet in rem actinnem. Nam & ei qui superficiem conduxit in alieno soln ejusmodi interdictum datur: non tamen actin in rem, nisi hac conditinne, si non ad modicom tempus conduxit. *d. L. 1. §. quod ait*, de superf. *Non modico tempori* opponitur *longum*. Sic fit; ut recte sentiant, qui agrum ad tempus fruendum datum interpretentur fieri emphyteuticarium, si ad longum tempns datum sit.

XXII. In perpetuum datum intelligimns, cujus habendi finis nullus præstitutus est: sive nominatim id comprehensum sit lege vectigalis, ut perpetuo haberetur, quandiu præstaretur pensin; sive datns sit fundus simpliciter in emphyteusin [13] nullo certo tempore habendi præfinito. Longum tempns Accursius in *L. ult. D. si ag. vect.* inter cæteras sententias recte sic accepit: qund esset, ut minimum, decem annorum. Si quod erit prolixius tempus constitutum, sane id lnngum erit. Sed ut non sit lnngius, dummodo sint decem anni, id in usu juris *longum* appellatur. Hinc *longi temporis* præscriptin dicta, non tantum quæ est viginti, sed etiam quæ decem annorum. *L. pen. C. quib. non objic. long. temp. præscript. L. pen. C. de præscr. long. temp.* Sed & diuturnum & longum tempus veteribus idem valent. *L. si quis diuturno, D. si servit. vind. L. 1. C. si advers. cred. præscript. opp.* Din autem & diuturnnm illi interpretantur non minns decennio, *L. si fideicommissa, §. Aristo, D. qui & a quib. manum. lib. non fi.* Unde intelligitur eos & longum tempus eodem modo accipere. Hoc idem & vulgo receptum testatur Bartolus, & ipse probat ad *d. L. 1. §. quod ait, de super.*

XXIII. Pensio præcipue propria est hujus contractus & emphyteutici juris; ut scilicet detur ager fruendus [14] certa pensione constituta. *§. adeo, Inst. de loc.* Et certe sine hac aut venditio sit, si semel pretinm solvatur; aut permutatio, si species cum specie commutetur; aut si pro re nihil omnino præstatur, donatio. Quæ omnia cum dicimus esse in fine hujus juris, nempe hoc dicimus sic ista esse hujus juris propria, ut si quid eorum desit, non sit contractus emphyteuticus, non ager vectigalis aut emphyteuticarius.

CAP.

quam lege canonis solvendi adjecta, quia tum temporis privatis non usurpata ea locatio, sed certa potius mercede, quæ non vectigalis ac tributi loco sit, sed fructuum modo respondeat, fiebat. Sed vid. *N.* 14.

13) *Valasc.* Q. 1. n. 12. Quid si nominatim ad tempus, nec id definitum, vid. *ibid.* n. 13. & 14.

14) Non pro mercede, in quo a locatione differt, sed in recognitionem dominii, Valasc. Q. 1. n. 15. Atque ita differt a jure censitico, quo res pleno jure dominii tenetur, de quo vid. Valasc. *Jur. Emphyt.* Q. 32. Gomez. *in L. Taurin.* 68. n. 2. & 3. *Novell. Aug. Elect. Sax.* 89. *pag.* 2. & *ibi* Moller.

CAP. XIV.

Jus emphyteuticum constitutum quale: seu quid ad emphyteutam transferat, quid domino adimat.

Jus emphyteutieum quale. Emphyteutæ commoda & onera quæ. I.

Emphyteutæ commoda eedit jus dominio proximum. II.

Ideoque tales dominii partes, & aetiones. III.

Jus habendæ & possidendæ rei, eoque nomine actio in rem utilis vel adversus dominum, & exceptio vieissim. IV.

Item jus habendi rem incolumem, remedia quoque servandæ rei prodita. V.

Item jus utendi fruendi perpetuum, & talis juris tuendi præsidia omnia, quæ domino tributa. VI.

Item jus alienandi, oppignerandi, servitutes imponendi. Contrariorum refutatio. VII.

Superius alienandi a Justiniano imminutum, & quatenus. L. cum dubitabatur 3. Cod. de Jur. Emphyteut. *analysis, & interpretatio* VIII. IX. X. XI. XII. XIII.

Personarum divisio. IX.

Quædam prohibitæ, & minus idoneæ. *Quæ sint, & an inter* prohibitas *sint milites & Curiales. Refellitur Accursius.* X.

Quædam idoneæ, *sed si trium eonditionum præsidio munitæ.* XI.

1. *Si dominum in emptione præferat emphyteuta, eique testato denuntiet, si velit emere.* XII.

2. *Si a domino novus emphyteuta indueatur in possossionem, & induetio ista petatur.* XIII.

3. *Si solvatur domino quinquagesima pretii, aut æstimationis.* XIV.

Summa juris de emphyteutieæ rei alienatione a Justiniano constituti. XV.

In venditione juris emphyteutiei domino denuntiatio facienda, ojusque consensus requirendus etiam contraetus initio: in donatione & permutatione solum eum res traditur, domini consensus desideratur. XVI.

Differentiæ, ratio. XVII. XVIII.

Contrariis occurritur. Conoiliatio L. si qois 1. C. *de fund. patrim. Lib. XI. & L.* si domus §. si fundus 71. *D. de legat.* 1. *eum L.* cum dubitabatur 3. *Cod. de Jur. emphyteut.* XIX.

Domini consensus & in meliorationum fundi venditione & translatione neeessarius: minime vero in servitutum constitutione, aut agri veetigalis oppignerationo; & quare. XX.

Emphyteutæ onera & præstationes: duplex eorum partitio. XXI.

In re domino præstare debet emphyteuta, ne ipsa deterior fiat: qua de re alibi. XXII.

In rebus extornis, 1. *annuam & eertam pensionem, quandiu præstetur.* XXIII.

2. *Publiearum funetionum apoehas: utræque quid sint: quatenus intersit domini apoehas aeeipere; & quomodo illi eautum, ni præstentur ab emphyteuta.* XXIV.

Summa præstationum emphyteutæ in alienatione rei emphyteutieæ & meliorationum. XXV.

De jure domini in fundo veotigali ab eo facto, & quibus in rebus appareat. XXVI. XXVII.

Emphyteuta non est dominus fundi veetigalis, seu emphyteutiearii: & inepta dominii vulgata divisio in directum & utile: ad quem sensum hæc Interpretum divisio trahenda. XXVIII. XXX.

Exeipitur emphyteuta fundi patrimonialis. XXIX.

I. JUre emphyteotico constituto, & recte quæsito emphyteutæ: sequitor, quod est proxionm, ut de conditione juris constituti cognoscamus: idest, quale id jus sit; quid eo ad emphyteuticarium traosferatur, quid domiuo decedat. Constat jus emphyteuticum commodo & onere. Commodom est id, quod emphyteuta accipit, & habet in agro emphytentico. Onus id, quod pro eo vicissim domino debet præstare. Quantom accipit emphyteuticarios; tantum est, quod de jure dominii domino decedit. Quantom autem præstare debet domioo; tantum est quod domino relinquitur, præter jus quod is habet adversus cæteros possessores.

II. Quod emphytenta acciplt, jos est dominio proximum. Et vero quandio præstat illa, quæ illum præstare oportet; & breviter quandiu jus emphyteuticum illi sal-

salvum est: pro domino est pœne omnibus ex partibus dominii; & in omnibus his jure domini utitur: quod in eo est, ut de agro vectigali statuere possit, ut velit per omnia non aliter, quam dominus faceret in re sua.

III. Id ex partibus dominii ita liquebit, si eas illi omnes, & remedia harum obtinendarum caussa constituta tributa esse animadverterimus. Habet vero emphyteuta hæc omnia: jus habendæ rei, & incolumis servandæ; jus utendi fruendi ita, ut solus uti possit, ut velit; postremo & jus alienandi. Quas omnes dominii partes esse supra diximus.

IV. Jus habendæ & possidendæ rei statuitur emphyteutæ, cum dicitur rem traditam illi auferri non posse. *d. §. adeo, Inst. de loc. L.* 1. *D. si ag. vect.* Et ut domino hujus possessionis obtinendæ caussa proposita est in rem actio: sic & [1] emphyteutæ eadem adversus omnes fundi vectigalis possessores. Tantum hoc interest, quod domino datur directa, ut ex verbis legis: *L. in rem, D. de rei vind. §. namque, Inst. de act.* emphyteutæ autem solum utilis: *L. tutor, §. ult. D. de pignorat. act.* quia is scilicet dominus non est. *d. L.* 1. *D. si ag. vect.* Sed & hæc utilis ejusdem potestatis est, eumdemque effectum habet, ut de utili traditur in *L. actio, D. de neg. gest.* Idque in hac actione tanto citius licet dicere: quod placet emphyteutæ competere in rem actionem non tantum adversus alium quemvis possessorem; sed & adversus dominum; atque adeo adversus civitatem ipsam, quæ agrum vectigalem constituerit. *d. L.* 1. *in fin. D. si ag. vect.* Aliter, atque in Publiciana, quæ cum sit & ipsa in rem actio; competit quidem bonæ fidei possessori adversus cæteros possessores omnes; adversus dominum ipsum non datur. *L. pen. L. ult. D. de publican.* Ut plane appareat, hac parte emphyteutam effectu esse dominum. Quod si emphyteutæ in rem actio est rei persequendæ caussa; multo magis possidenti erit adversus omnem vindicantem exceptio ad rem retinendam juxta regulam juris. *L. invitus, §.* 1. *D. de reg. jur.*

V. Huic juri illud adjunctum est, ut rem incolumem ei habere & tueri liceat. Quam ad rem eadem remedia illi prodita adversus damna imminentia. Nam hæc si ab opere aliquo facto contingunt: est adversus futura opera operis novi nuntiatio, aut aquæ pluviæ arcendæ actio, prout res est, unde periculum metuitur: adversus præterita interdictum quod vi aut clam. Hæc quidem remedia etiam superficiario ad superficiarias ædes incolumes habendas prodita leginus. *L.* 1. *§.* 1. *L.* 3. *§. penult. D. de op. nov. nunt.* Plus autem juris habet in re emphyteuticarius, quam superficiarius, cum ille rem totam sibi habeat; superficiarius solum ædes solo alieno semper manente. Ut minimum, certe emphyteuticarius juris habet tantumdem. *L. tutor. §. ult. D. de pignorat. act.* Idem ergo emphyteuticario datum intelligere debemus. Si damnum metuitur ab ædibus vicinis ruinosis, etiam emphyteuticarius damni infecti utiliter stipulari potest. Nam & potest superficiarius. *L. qui bona, §. superficiarium, D. de damn. inf.* Si vicinus opus faciat in suo, quo facto futurum sit, ut aqua pluvia agro vectigali noceat, etiam emphyteutæ aquæ pluviæ arcendæ actio competit. *L. quod principis, §. hæc actio, D. de aq. pluv. arc.* quæ tamen actio denegatur fructuario. *L.* 3. *in fin. D. eod tit.*

VI. Jus utendi fruendi emphyteutæ [2] perpetuum, non ut fructuario personale, statuitur his verbis; cum dicitur prædium ei fruendum dari ita, ut neque ei, neque successori auferre liceat. *d. §. adeo, Inst. de loc. d. L.* 1. *si ag. vect.* Proinde quæ remedia sunt domino ad usum rei suæ & fructum tuendum eadem intelligere debemus & constituta esse emphyteutæ, puta adversus eos, qui eum prohibent, re vectigali uti ut sua, aut negatoria in rem actio; aut interdictum

uti

1) Quam A. Fab. 20. *Conject.* 11. vult esse prætoriam pariter uti quæ superficiario datur. Sed revocat suam sententiam, 63. *Err. Pragm.* 9. per *L.* 1. §. 1. *D. Si ager vect.* ubi dicitur *placuisse*, scilicet vel prudentibus vel imperatoribus *competere* actionem. Prætoria utilis non competere dicitur, sed dari, licet directa prætoria dicatur & competere ex ipsis scilicet prætorii edicti verbis. Utilis autem non itam. Atqui hæc est utilis Ergo civilis, inducta forte Prudentum auctoritate, stricti juris ratione deficiente. Hinc & actio de fundo vectigali dicitur proposita *L.* 66. *pr. de evict.* a prudentibus scilicet, & idem 65 *Err. Pragm.* 3.

2) Emphyteusis civilis, simpliciter vel in perpetuum concessa, ad quosvis heredes, etiam, extraneos, transit: Ecclesiastica non æque, sed sæpe non extenditur ultra tertiam generationem, vid. Forst. *Lib.* 2. *de Success. C.* 23. Chiflet. *de Port legit. C.* 14. *p.* 529. *& seq.* God. ad *L.* 219. *de V. S.* a. 3. Ranat. Coppin. *Lib.* 3. *de Priv. rust. C.* 2. Solet autem sæpe pro se & heredibus accipi, de quo vid. Clar. §. *Emph. Q.* 28. Valasc. *Q.* 44. pro se & liberis, de quo A. Fab. 33. *Error. Pragm.* 10 Ubi quæritur an & filii naturales veniant, de quo Clar. *Q.* 30. Forst. 6. *de Su cess.* 18. An & filiæ ac fœminæ descendentes? Quod affirmat Fachin. 8. *Contr.* 97. *&* 16. *Contr.* 20. quia hæc justa interpretatio, & contrahentium menti conveniens. Quare recipitur etiam in contractu stricti juris. Et alias, ex natura hujus contractus, cui se in dubio contrahentes accommodasse censendi, non excluduntur fœminæ, diss. Clar. *Q.* 31. Solet & ad certas generationes concedi, vid. Valasc. *Q.* 4. *n.* 6. 10. Vinc. Ronded. *Vol.* 1. *Cons.* 54.

uti possidetis. *L.* 2. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si servit. vind.* *L.* 3. §. 1. & seq. *D. uti possid.* aut injuriarum actio. *L. qui pendentem*, *D. de act. empt.* Eademque injuriarum actio est, si quem emphyteuta prohibeat, in fundum vectigalem ingredi venandi aut aucupandi caussa: & is invito eo ingrediatur. Sed meminerimus jus fruendi illi datum, quod jus quia in eo est, ut quis utatur fruatur salva rei substantia *L.* 1. *D. de usufr.* intelligere debebimus etiam emphyteutam sic agro vectigali frui debere, ut substantiam agri & rerum manentium non tollat. Quocirca arbores frugiferas non incidet, nec data opera, aliter rem deteriorem faciet. Arioquin ob hæc facta etiam ejici potest. Quod quia ad jus amittendum pertinet; de eo postea in admissione hujus juris opportunius dicetur.

VII. Jus alienandi [5] emphyteutæ statuitur his verbis; cum dicitur, non licere prædium vectigale auferre, neque ipsi emphyteuticario, neque heredi ejus, cuive emphyteuticarius heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aliove quocumque modo alienaverit. *d.* §. *adeo*, *de loc.* & quod paucioribus verbis dicitur in *d. L.* 1. *D. si ag. vect.* non licere agros vectigales auferre neque ipsis, qui acceperunt, neque eorum successoribus: Si cuivis successori auferre non licet; nempe in quemvis successorem emphyteuta heresve ejus quavis ex caussa utiliter transtulerit, alienaverit. Quod si jus suum emphyteuta in totum alienare potest: multo magis possessionem agri retinens poterit id jus minuere, aut oppignerando agrum, aut ei servitutem imponendo. Fundum ergo vectigalem emphyteuta pignori dari potest. *L. lex vectigali*, *D. de pignor.* Potest & servitutem ei imponere: quod & superficiario conceditur. *L.* 1. §. *ult. D. de superf.* Nec contrarium est, quod diximus emphyteutam non posse agrum emphyteuticum deteriorem facere. Nam neque pignore, neque servitute imposita, fit conditio agri vectigalis domino deterior: cum neque manente jure emphyteutico: neque amisso, ista domino noceant. Non manente jure, quia id emphyteutæ soli minuitur, cujus id proprium jus est: Non finito quia sublato jure emphyteutæ, etiam jus pignoris & servitutum ab eo constitutarum sua sponte solvitur. *d. L. lex vectigali*, *D. de pignor.*

VIII. Fuit autem alienandi transferendique fundi vectigalis potestas olim emphyteutæ heredique ejus libera, quandiu vectigal penderetur. *d. L.* 1. *L.* 2. *si ag. vect.* Postea constitutione Justiniani aliquatenus est imminuta. *L.* 3. *C. de jur. emph.* Sententia constitutionis hujusmodi: Si quid inter dominum & emphyteutam de alienatione fundi vectigalis convenit, velut liceret alienare, vel ne liceret, placet conventionem servari. Jus vetus sumptum ex edicto de pactis *L.* 1. *L. jurisgentium*, §. *ait*; *D. de pact.* Unde illa regula veterum in hanc sententiam, *contractus ex conventione legem accipere*. *L.* 1. §. *si convenit*, *D. depos. L. contractus*, *D. de reg. jur.*

IX. Si nihil convenit: sic temperatur emphyteuticario potestas alienationis: ut Justinianus quasdam personas excipiat, in quas non liceat jus transferre; & in licitas transferri non concedat, nisi certis conditionibus.

X. De personis ita cavit, ut prohibeat emphyteutam vendere iis personis, *quæ solent in emphyteuticis contractibus vetari ad hujusmodi venire emptionem.* Sic verba sunt *d. L.* 3. §. *sin autem* quas personas constitutio vocat personas *prohibitas*, *& nec idoneas.* Itaque duo sunt genera personarum, quæ ab hac alienatione arcentur; Personæ *prohibitæ*, & Personæ *non idoneæ.* Personas ad eam alienationem venire prohibitas accipiemus, de quibus in lege & conventione agri vectigalis, &c, ut loquitur constitutio, in contractu ipso emphyteutico prohibentibus contrahentibus, cautum est, ne his vendere, aut donare, aut aliter alienare liceret: ut intelligamus magis has personas prohiberi accedere conventione contrahentium, quam Justiniani lege; eoque & ad priorem illam partem pertinere, qua placet, si quid hic de alienatione convenisset, pactionem esse servandam. Quod & Accursius ad eum locum recte initio accepit. Non quod in numero prohibitarum istarum personarum adjicit præterea curiales & milites, quasi hi conditione personæ vetentur emphyteusin suscipere, & in eam sententiam citat *L. curialis*, *L. milites*, *L. licet*, *C. de loc.* nihil adfert, quo non potius probetur, istos ejus juris, ut dominii rerum suarum esse capaces. Vetantur enim isti superioribus locis conductores esse rerum alienarum: At emphyteusis neque locatio neque conductio est, ut diserte cautum est constitutione Zenonis, *L.* 1. *C. de jur. emph.* Sed & qui rem accipit in emphy-

5) Est & emphyteutæ commodum alluvionis, nec inde augetur pensio, ut tradit Valasc. Q. 16. n. 7.

emphyteusin, non ut alienam accipit, sed ut suam, ut declarant jura emphyteutæ superiora. Unde & emphyteutæ pro dominis habentur. *L. possessores*, *C. de fund. patrim. lib.* 11. Postremo locatio jus dominii non mutat: *L. locatio*, *D. loc.* at emphyteusis mutat, siquidem alienatio est. *L. ultim. C. de reb. alien. non alienand.* Sint ergo in constitutione Justinianı personæ *prohibitæ* eæ, quas dixi; non hæ posteriores. Quod ad *non idoneas* personas attinet, hæ definiuntur *ibidem*, ut sint, quæ non sunt idoneæ ad solvendum emphyteuticum canonem, idest, pensionem, quæ pro agro emphyteutico debetur.

XI. Jam ut sint personæ idoneæ, ad quas jus emphyteuticum transferatur: non tamen conceditur transferre, nisi certis conditionibus, quæ positæ sunt in his, quæ Justinianus in *d. L.* 3. *C. de jur. emphyt.* voluit in ea translatione ab emphyteuta domino tribui. Ea sunt tria: emendi juris emphyteutici prærogativa; novi emphyteutæ inductio in possessionem; & pro admisso honorarium quinquagesimæ partis.

XII. De emendi prærogativa, quam domino illic tribui dicimus, ita cavet; ut si emphyteuta reperit aliquem, qui velit emere jus emphyteuticum, & pretium certum offeret: debeat emphyteuta dominum eodem pretio emere volentem, huic præferre. Quam ob caussam jubetur is domino denuntiare testato, esse qui velit emere, & judicare quantum ille offerat: ac simul facere domino potestatem emendi eodem pretio, si velit: Post hanc denuntiationem sive velit dominus emere, sive se dicat nolle, expeditum est. Nam volente eo emere, dum ipse præfertur, inhibetur alienatio in alios; negante autem eo se emere velle, nihil est, quod remoretur sequentem alienationem. Quod si dominus in alterutram partem nihil respondens, tantum se deliberaturum ostendat: jubetur emphyteuta expectare ejus voluntatem intra alios duos menses, ea lege ut si per id tempus is non emat, aut taceat: tum liceat emphyteutæ, jus suum, cui velit, dum [4] idoneæ personæ, & ubi velit, vendere. Hæc in *d. L.* 3. vers. 1. & duobus sequentibus, *de jur. emph.* Atque hinc primum libera emphyteutæ vendendi alii hujus juris facultas nascitur. Quam postquam nactus est: restat adhuc ad juris venditi translationem, ut inducatur emptor, idemque novus emphyteuta futurus in possessionem agri vectigalis. Ut sic res & jus emphyteuticum acquiratur traditione, sine qua ut dominia non transferuntur: sic nec jus emphyteuticum, aut alia inferiore jura in rem, ut supra in constitutione hujus juris docuimus.

XIII. Etiam in hoc inductione Justinianus hoc domino detulit, ut deberet ab eo impetrari, si posset, quo is novum emphyteutam in possessionem ipse admitteret. *d. L.* 3. vers. *necessitatem.* Et ad eam rem injunxit emphyteutæ alienaturo, ut is hanc inductionem a domino peteret testato. Post quam denuntiationem rursum si dominus nihil aperte neque negaret, neque concederet; jussit per duos menses ejus domini voluntatem de hac re exspectari. *d. L.* 3. *vers. ult.* ea lege, ut si dominus intra eos menses, novum emphyteutam velit admittere; admittat ipse aut per se, aut per alios ea fide instrumenti, quæ præscribitur in *d. L.* 3. vers. *necessitatem.*

XIV. Quo subsecuto, tum illi pro [5] subscriptione & admissione sua tribuit honorarii loco quinquagesimam partem pretii, si jus emphyteuticum venditum est, vel æstimationis loci, si ex alia [6] caussa, quam ex emptione locus transfertur *d. L.* 3. vers. *& ne avaritia.* Quod si dominus intra eos menses duos novum emphyteutam alioquin idoneum admittere supersederit: tum rei etiam tradendæ, ac sine consensu domini transferendi liberam potestatem esse vult emphyteutæ. Et quidem ita, ut nec quinquagesimam illam, quæ pro admissione solum debetur, dominus consequatur. *d. L.* 3. *vers. ult. & pen.*

XV. Ex his de potestate alienandi juris emphyteutici licet colligere hanc summam: quatuor scilicet casibus emphyteutam vendere non posse agrum vectigalem. Uno, si conferat venditionem in personas non idoneas. Altero, si cum alius emere vellet, non prius domino id denuntiaverit. Tertio, si cum denuntiasset, dominus emere maluerit. Quarto, si etiam domino admonito nec emente, ante duos menses rem vendat. Iisdemque de caussis impeditur ei & juris emphyteutici traditio.

4) Quare si rusticus nobilis emphyteusin venditurus, dominus, etsi ipse emere nolit, prohibere tamen potest, ne sua conditio durior fiat emphyteusi in se parem translata, ob difficiliorem exactionem canonis, & laudemiorum, vid. Moll. 2. *Sem.* 13.

5) Laudemia vocantur, de quibus vid. Hart. Pist. *Lib.* 2. *Q.* 50. Moller. 5. *Sem.* 5. (ubi an ex venditione sub pacto redimendi debeantur) & 2. *seqq.* Coler. *Decis.* 33. Si heredes petierunt renovationem investituræ, & postea diviserunt emphyteusin, an duplex laudemium solvendum, vid. Mod. Pist. *Parte* 1. *Q.* 37. qui negat, & Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q. ult.*

6) De laudemio in permutatione vid. H. Pist. *d. Q. ult.* Moller. *d. Cap.* 3. Modest. Pist. *P.* 2. *Q.* 48.

tio. Contra cum personæ erunt idoneæ, in quas jus transfertur, & a domino petitum est, ut admitteret venditionem, & novum emphyteutam: dicemus emphyteutam consequi alienandi juris sui potestatem liberam duobus casibus: Uno, si dominus ei permittat alii vendere: & emphyteutam in possessionem admittat: Altero, si intra duos menses, ex quo hæc a domino desiderata sunt, dominus neutrum eorum fecerit.

XVI. Quoniam autem constitutio magna ex parte superiora exigit in eo, qui jus emphyteuticum vendat, (nam ad hunc solum conferuntur verba *d. L.* 3. in vers. *sed ne hac*, & vers. *sin autem duorum*, *C. de jur. emphyt.*) quæsitum est, an in sola venditione istam denuntiationem & domini consensum exigere debeamus; an vero & in eo, qui donet jus emphyteuticum, aut cum alio permutet, eadem intervenire debeant. Et probandum est inter venditionem & cæteros contractus in hac re hoc interesse, quod in cæteris ad contractum ipsum ineundum, & ad eligendum eum, in quem voluntatem conferre volumus, consensus domini non est necessarius, eoque nec requirendus: ad admittendum autem ex iis contractibus traditionem, & inducendum novum emphyteutam in possessionem idem consensus domini requirendus est, qui in venditione. Hoc sentio: liberum esse emphyteutæ sine domini consensu eligere quoslibet dum idoneos, quibus donet, aut leget jus emphyteuticum, aut cum quibus permutet; nec quominus id fiat, dominum posse impedire, alienationem in se transferendo. Proinde nec necesse esse emphyteutæ, quo id facere liceat, dominum admonere, aut ejus consensum in eo expetere, multo minus exspectare intra duos menses. At ubi electo eo, in quem voluntatem suam conferat, ad rem ei tradendam & jus emphyteuticum transferendum ventum erit, ibi a domino desiderandum similiter, ut ex caussa venditionis, ut novum emphyteutam suscipiat; ac de eo consensum ejus esse expectandum intra duos menses: intra eos si admittat emphyteutam, ut constitutio exigit, consequi eum quinquagesimam partem æstimationis fundi vectigalis: duobus autem mensibus exactis, intra quos cessaverit, liberum esse emphyteutæ jus suum etiam non consentiente domino, nec quidquam inde sperante ad alios transferre.

XVII. Quod dico ad contractum cum alio ineundum, seu ad alium eligendum, cum quo de jure emphyteutico contrahamus, requiri domini consensum aut interpellationem in venditione; in cæteris non requiri: ex ratione constitutionis & fine illi interpellationi proposito evidenter colligitur. Exigendæ enim illius interpellationis in venditione hæc ratio est, comprehensa in *d. L.* 3. §. *sed ne hac*, *C. de jur. emph.* quia placet fieri debere domino potestatem eodem pretio emendi, si velit. Huic rationi locus esse potest in venditione: in donatione aut permutatione perspicue locum non habet, ac nec potest habere. Ideo enim fit domino potestas emendi, quia potest id facere, & quidem ex voto emphyteutæ sine ulla ejus injuria. Nihil enim amplius egebat emphyteuta in ea venditione, quam ut alieneto jure emphyteutico, pretium constitutum inde consequeretur. At hoc dominus potest præstare, nec vero aliter res ei addicitur, quam si præstet. Quod consecutus emphyteuta, habet, quod voluit. At in permutatione agri vectigalis, & juris emphyteutici non potest dominus præstare idem, quod offert is, cum quo permutatio instituitur, quia dominus aut non habet easdem res, aut non eodem loco sitas & æque commodas emphyteutæ. In donatione autem omnino non habet, quod offerat, quoniam donatio gratuita est. Dominum autem 7 postulere sibi jus emphyteuticum donari, quod emphyteute

7) *Ita & Brunch.* 1. *Ass.* 80. Phil. Math. *ad. L.* 21. *de R. I n.* 12. *& seq.* Rarissime, inquit, dominus consensurus, sed sibi potius donatum volet, quæ res liberalitatem maxime impediret. Et consentit Clar. §. *Emphyt. Q.* 15. Forn. 2. *Select.* 30. ac Gœd. *ad L.* 219. *de V. S. n.* 3. qui, quod legari & donari possit sine novo domini consensu, putat probari ex *d. L.* 219. quia, inquit, quicquid olim in vectigali fundo juris, id hodie in emphyteutico, (in quo fallitur: Sic enim novæ Zenonis & Justiniani leges nihil novi disposuissent. Et recte noster olim jure Digestorum venditionem quoque vectigalium non desiderasse consensum domini. Ibidem admittit istud Gœddæus etiam in emphyteusi Ecclesiastica, modo non alienetur in potentioram vel aliam Ecclesiam, eumve qui solvendo non sit. Quo facit quod venditionis appellatione proprie & partite loquentibus, non venit donatio *L.* 37. *& seq. de contr. empt. L.* 8. §. 13. *Quib. mod. pig.* Nec in contractibus statuta, aut legibus recipienda interpretatio ea ut vendidisse censeatur, qui donavit, ut A. Fab. licet aliud agens. 14. *Conject.* 13. *initio.* Dissent. Sarmient. *Lib.* 3. *Select. Interpr. C.* 2. ubi quinque diversas opiniones recenset, Fachin. 3. *Contr.* 97. per *d. L. ult. pr. ibi.* vendere vel transferre. Ac licet, inquit, una caussa, quæ in venditione, desit in donatione: non tamen aliæ deficiunt, ut sciat dominus quis novus empyteuta, ut eumquam eum admittat, provideat sibi de laudemio, & canone annuo præstando, sed hunc obicem declaratio nostri removet) & idem 6. *Contr.* 98. ac 10. *Contr.* 68. Sane ut temere hic a Donelli sententia, ceu probabili recedere non ausim; ita nec ratione forte carebit, si dicamus omnimodo prius esse denunciandum domino, non ut eligat, sibi donatum malit, an alteri; sed ut vel rem justo pretio accipiet, vel donationem intra duos menses confirmet: tum ut honor hic illi habeatur in signum superioritatis: tum ut obviam eatur fraudibus eorum, qui ut eludant legum requisita, & offerendi domino necessitatem, cum revera vendituri sint, dicis gratia, donabunt, pretium a simu-

ta alii donatum voluit, aperte iniquum est. Neque enim exigi debet ab emphyteuta, ut eodem modo erga dominum fundi sit affectus, quo est erga eum, cui donatum voluit, cum certæ sint caussæ hujus affectionis erga eum, cui donatur, quæ non pariter cum domino fundi intercedant. Donatio autem ex his solum caussis proficiscitur. *L. nec adjecit. D. pro soc.* Et ideo videmus in constitutione Justiniani, cum jubetur dominus admitti ad eumdem contractum, quem emphyteuta cum alio instituit, admitti eum solum in venditione, & fieri ei potestatem idem emendi, non etiam jus emphyteuticum ex cæteris contractibus & caussis ad se transferendi. *d. L.* 3. §. *sed ne hac*, & seq. *de jur. emph.* Quæ res facit, ut ex cæteris caussis supervacuum sit domini consensum aut voluntatem exspectare, qui etiam si velit, quominus ex hac caussa recte in alium trasferatur, impedire non possit.

XVIII. Alia caussa est, cum de jure emphyteutico transferendo, & novo emphyteuta in possessionem admittendo agitur. Postulat hæc translatio etiam ex cæteris caussis, puta donatione & permutatione, domini consensum & inductionem in possessionem, aut certe ejus moram, qualem ante diximus. Id indicant verba constitutionis. Primum quod cum de transferendo agitur, generaliter vetat emphyteutam sine consensu domini jus emphyteuticum transferre: & præterea ut liceat non consentientibus dominis transferre, exigit, ut dominus interpellatus noluerit novum emphyteutam admittere intra duos menses. *d. L.* 3. in pr. illic, *minime licere*, & §. *ult. de jur. emph.* Deinde consentienti domino & novum emphyteutam admittenti hoc tribuit, ut accipiat quinquagesimam partem pretii, vel æstimationis loci, qui transfertur. Non recte accipiamus hanc disjunctionem in sola emptione. Alioquin nihil hic certum constituet Justinianus: quod tamen maxime hac constitutione facere voluit. Quæremus enim, utra ex his quinquagesimis domino dari debeat: eane, quam elegerit ipse dominus, idest, quæ erit major, an ea, quam elegerit emphyteuta, idemque debitor, idest, quæ erit minor altera: Sic enim eligerent illi, si illis electio data esset. Si quid de ea electione hic expressum esset, non dubitaremus. Sed etsi nihil de ea adjectum esset, eoque nihil impediret, quominus hanc electionem daremus emphyteutæ; diceremus in alternativa oratione, ejus ut debitoris esse electionem juxta formam juris. *L. plerumque*, §. *ult. D. de jur. dot.* proinde & minimam ex his quinquagesimis ab eo deberi. *L. si ita*, 12. *D. de verb. obligat.* Nunc autem verba electionis ad dominum referuntur. Permittitur enim ei, ut hanc aut illam accipiat: non autem emphyteutæ, ut hanc aut illam det. Bene igitur Accursius hanc electionem accepit non in uno & eodem contractu emptionis, sed in diversis; ut quinquagesima pretii ad eum contractum referretur, in quo inest pretium, idest, ad emptionem: quinquagesima autem æstimationis loci, ad reliquos contractus, ex quibus sine pretio res transfertur. Unde intelligitur etiam in cæteris alienationibus juris emphyteutici exigi, ut dominus velit novum emphyteutam in possessionem admittere, postquam & in his pro admissione jubetur accipere quinquagesimam. Et sane cur dominus novum emphyteutam in possessionem admittere debeat in venditione juris emphyteutici potius, quam in donatione, aut permutatione, ratio reddi non potest: sed quibuscumque ex caussis id jus transfertur, æque domini interest cum novo emphyteuta agere, & eum admittere. Primum, ut cum eo contrahendo, idest, rem rei tradendo eadem lege, qua priori data erat, habeat actionem in personam adversus eum de pensione constituta. Deinde ut admittens novum emphyteutam accipiat quinquagesimam lege constitutam, quam nihil caussæ est, cur potius in venditione accipiat pro beneficio admissionis, quam in cæteris alienationibus.

XIX. Plerique [8] obstare putant. *L.* 1. *C. d. fund. patrim. lib.* 11. & *L. si domus*, 71. §. *ult. D. de leg.* 1. quibus in locis de fundo vectigali *illic*, donato ab emphyteuta, *hic* legato agitur: placetque & *illic* donationem firmam esse, & *hic* legatum valere, nec quidquam de consensu do-

su do-

simulata donatore clam accepturi: tum quia inter alias rationes *L. ult. C. h. t.* hæc forte fuit, ne res quæ in dominio domini ejusve antecessorum pleno jure fuit, ipso invito, ad alios, quam cui ea jure vectigali concessa, ejusque heredes transeat: tum ne domino invito, & pretium pro re solvere parato ingratus forte & non acceptus emphyteuta, tametsi idoneus, obtrudatur. Denique quia sic nulla injuria fit emphyteutæ alienaturo, qui pretium pro fundo a domino accepti donando liberalitatem exercere suam erga amicum potest. An inconsulto domino plures emphyteutæ rem dividere possint, vid. Clar. 14. Fachin. 10. *Contr.* 50. qui affirmant.

8) Ant. Fab. 64. *Error. Pragm.* 1. *circ. fin.* putat speciale esse, ut qui accepit a fisco, jus habeat transferendæ emphyteuseos in extraneum pro arbitrio, inconsulto non tantum fisco, sed & judice *d. L.* 1. idque inde, quia in multis eadem caussa fisci, ac reipublicæ. *L.* 38. *de reb. auct. jud. possid. L.* 8. *Qui pot. in pign.* At qui a Rep. accepit (quem vectigalem vocat & ab emphyteuta separat Faber) libere, ex sententia Fabri, alienat. sed falsum hoc præsuppositum, vid. *N.* 5. *C. praeced.*

Digitized by Google

su domini adjicitur, quo eum ad confirmationem ejus donationis aut legati intervenire oporteat. Sed ne quis propter hos locos mutanda putet ea, quæ de donatione juris emphyteutici & translatione ex cæteris caussis extra venditionem diximus; observandum est nihil in his locis de donatione fundi vectigalis, legatove dici, quod non item dicatur de venditione ejus fundi, quem empyteuta alteri vendiderit, in §. *adeo*, *Inst. de locat.* Cum enim *illic* dicitur non posse fundum emphyteuticarium auferri ei, cui emphyteuticarius vendiderit: nihil aliud dicitur quam ratam esse venditionem: id ipsum quod de donatione hujus juris scriptum est in *d. L.* 1. *C. de fund. patrim.* Neque tamen propter eum locum quisquam putat mutandum esse, quod de consensu domini in ea translatione exigendo Justiniani constitutione cautum est, *d. L.* 3. *de jur. emph.* Quare nec propter similes locos mutari oportet, quod de eodem consensu in cæteris caussis ad translationem exigendo diximus: quoniam Justiniani constitutio generaliter loquitur, & cavet, ne sine eo consensu intra duos menses jus emphyteuticum transferatur. Neque ideo superiores loci sunt contrarii. Verum est enim ex omnibus caussis jus emphiteuticum recte alienari ab emphyteuta, & ad alium transferri, non tantum si vendat, sed etiam si donet, aut ex alia caussa transferat, ut est in *d.* §. *adeo*, sed cum hoc temperamento & velut correctione, quam Justiniani constitutio postea addidit, dum emphyteota impetret domini consensum ad translationem, aut certe intra duos menses eum expectet. Sic sunt priores leges, ut temperamentum de eadem specie posterioribus legibus additum trahatur ad priores. Unde evenit, ut quodammodo prioribus inesse videatur. *L. non est novum*, *&* *seqq. D. de legib.*

XX. Quod constitutio Justiniani ab emphyteuta exigit in venditione & translatione juris ipsius emphyteutici: hoc idem exigit in meliorationibus fondi vendendis & transferendis. *d. L.* 3. in pr. vers. *sin autem*, §. *sin autem duorum*, *&* §. *ult. de jur. emph.* Meliorationes vocat easdem, quas verbo græco dici ait emponemata in *L.* 2. *C. eod.* quo etiam verbo utitur in *d. L.* 3. §. *ult.* quasi dicat ad laborationes, & culturas. Utroque autem verbo significantur partes agri emphyteutici labore & cultura emphyteutæ meliores factæ, veluti, si in aliqua parte vitem instituerit, aut silvam, aut arundinetum, ut eæ partes multo pluris sint, quam cum fundus in emphyteusin acceptus est. Cujusmodi meliorationis exemplum est in *L. pen. in pr. D. loc.* Utcumque est autem domini consensus, quem exigi aut exspectari debere in juris emphyteutici, aut meliorationum alienatione dicimos, semper tamen res huc redit, ut nihilominus potestas ejus juris alienandi emphyteutæ statuatur, quam scilicet liberam consequatur aut domini consensu, aut postquam is interpellatus est duorum mensium interposita mora: dummodo ad personas idoneas jus transferat. Sed hæc omnia de vera & præsente juris emphyteutici alienatione dicta sunt. Ad [10] servitutum constitutionem, aut oppignerationem agri vectigalis non pertinent, etsi, hæc alienationis verbo contineri dicuntur in *L. ult. C. de reb. al. non alienand.* Hæc enim ad periculum amittendæ pensionis, aut novi emphyteutæ, aut minuendæ rei domino non nocent, cum semper vetus emphyteuta jus suum retineat, retineat & possessionem, & si quid juri rei detrahit, detrahat suo, non alieno: postquam amisso jure suo, superiora etiam jura solvantur, ut ante dixi. Solum hoc metnetur, ne creditor jure suo usus agrum vendat. Sed hoc si facere volet, eadem hic domino præstare debebit; quæ emphyteuta ipse præstare deberet, si venderet. Alioqui ambo jure suo cadent secundum ea, quæ in hac alienatione servanda esse prius diximus.

XXI. Quæ cum omnia sint in jure & potestate emphyteutæ, plane emphyteuta esset dominus agri emphyteuticarii, nisi quid præstare eum domino oporteret, quo intelligeretur, eum qui dedit, adhuc dominum manere. Sed certa sunt, quæ emphyteuta pro fundo præstare domino debet. In quibus est illud onus, quo etiam hoc jus constare supra dixi. Quod quale sit, videamus. Et eorum, quæ ab emphyteuta exiguntur, quædam sunt, quæ in tota possessione sua præstare debeat; quædam, quæ in juris sui venditione & alia quavis alienatione. In tota possessione sua domino præstare debet tria: in re quidem, ne eam deteriorem data opera faciat: in rebus autem externis [11] pensionem

9) Jus meliorationum quomodo differat a jure emphyteuseos, vid. Valasc. *Jur. Emph. Q.* 1. *n.* 19. *&* *seq.*

10) Clar. §. *Emphyt. Q.* 18. Quæ fere omnium opinio, teste Moller. 3. *Semestr.* 45. *n.* 3. Contra tamen in his terris obtinere monet ex *Nov. Elect. Augusti* 23. *p.* 2.

11) Sive in pecunia, sive in alia re fungibili, frumento, oleo, vino, Valasc. *Q.* 1. *n.* 7. Quæ justa sit pensio vid. idem *Quæst.* 11. An pro ea domino tacita hypotheca in prædio *Q.* 4. *n.* 6. *&* 7. vid. & de pensionis solutione Coler. *Dec.* 24. An hic præscriptioni 30. vel 40. annorum locus? Negat Fach. 8. *Contr.* 99.

sionem solitam & constitutam, & publicarum functionum apochas. Tot enim exiguntur in *L.* 2. *in pr. C. de jur. emph.*

XXII. De deterioratione attigi antea, ac dicam plura in amissione hujus juris.

XXIII. Quod ad pensionem attinet, hæc demum est, quam proprie ex contractu emphytentico deberi constat: ex quo eodem, quæ sit hæc pensio, & quanta, intelligitur. Datur enim, ut supra diximus, fundus emphyteuticus fruendus semper certa pensione annua eo nomine constituta, quæ domino præstetur: ac sine ea non sit ager emphyteuticus. *d. L.* 1. *D. si ag. vect. d. §. adeo. Inst. de loc.* Et ut intelligatur, quantopere debeatur hæc pensio, de ejus præstatione ita cautum est lege Zenonis, *L.* 1. *C. de jur. emph.* ut placeat nec propter casus fortuitos in agro vectigali incidentes quoscumque, & quantumcumque de prædio abstulerint, emphyteutam ulla ex parte ejus pensionis præstatione liberari. Veluti, si fundus occupatus sit a mari aut flumine, si hiatus terræ quid absumpserit. Hac tamen conditione, [12] quandiu quid ex eo fundo vel minimum superit. Cæterum, si ex eo casu totus [13] fundus sit absumptus, placet emphyteutam amplius nihil debere. Idem ergo dicemus, si propter hostium vim aut latronum potentiam fundus non possit possideri. Nam quomodo fundus auferatur emphyteutæ ne eo frui liceat, nihil interest. Et hi casus in eadem caussa habantur in *L. cum unus*, *§. ult. D. de reb. auct. jud. poss.* Hæc de pensione.

XXIV. Publicarum functionum apochæ quæ sint, & quid sibi velit, ac quorsum exigatur eorum præstatio, videndum est. Publicæ functiones sunt publicæ pensitationes, id est, ea quæ fisco aut reipublicæ quotannis præstantur, quorum pensitationi prædium emphyteuticum est obnoxium. Qualia sunt vectigalia, tributa, publicæ viæ refectiones, collationes in refectionem aggerum, & similia. Quæ qui præstat, dicitur his præstationibus fungi, quasi dicas eas præstationes obire. Unde præstationes ipsæ dictæ functiones. *L. pen. & ult. C. de apoch. publ. lib.* 10. Hæc munera atque onera a prædiis ipsis debentur: inda etiam per consequentiam a prædiorum possessoribus. *L. imperatores*, *D. de publican.* Idcirco [14] & ab emphyteuta, qui fundi possessor est. *L. sciendum*, *in pr. D. quisatisd. cog.* Hæc cum solvit emphyteuta, si sibi consultum vult ad futuri temporis cautionem, ne iterum de eadem re conveniatur; curare debet, ut accipiat apocham publicam a quæstore, cui solvit, de quo genere est in *d. tit. C. de apoch. publ.* Est autem apocha instrumentum pecuniæ solutæ, id est, quo creditor profitetur sibi pecuniam solutam esse. *L. qui tabulas*, *in fin. D. de furt.* Sed sibi accipere ejusmodi apochas publicas emphyteutæ liberum est. Illud non est ei liberum, ut accipiat, aut ne accipiat domini caussa. Quin in hac re hoc ab eo exigitur, ut accipiat saltem in gratiam domini: ut si sibi quoque cavere vult, cum publicas istas pensitationes præstat, exigat duas apochas: unam, quam servet sibi, ne ipse iterum conveniatur de iis, quæ semel solvit: alteram, quam præstet domino fundi, eaque præstatio est, quam nunc ab eo exigi dicimus. Usus hujus apochæ hic est, ut si quando fundus vectigalis ad dominum redierit, qui casus multi sunt, ut paulo post dicetur, possit dominus similiter tutus esse, ne & ipse iterum solvere cogatur, quæ apparet soluta esse ex apochis. Non fit hoc frustra. Nam si quid solutum non esset ab emphyteuta pro eo tempore, quo is possedit, posset nihilominus a domino exigi, cum fundus ad eum pervenisset. Sic sunt omnia prædia tributis & publicis functionibus obnoxia; ut qui ea cœpit possidera, non tantum solvere debeat ajus temporis quo possidet, vectigalia & similes pensitationes; sed etiam reliqua præteriti temporis ab alio ante contracta, quia in his ipsa prædia conveniantur, non personæ. *L. imperatores*, *D. de publican. L.* 2. 3. *C. sine cens. vel rel. fund. compar. non poss.* Hæc si non præstentur domino, duplex via est, qua illi consulatur. Primum exigere pensionem potest, si vult. Et in eam rem habet actionem in personam adversus emphyteutam ex contractu emphyteutico; contractu, lege nova Zenonis confirmato, & actione ex eo contractu inducta. *L.* 1. *C. de contract. emph.* Unda intelligitur [15] competere hinc condictionem ex lege. *L. unica*, *D. de*

12) Aliud in locatione. Ratio differentiæ. Canon non præstatur ob usum, sed in recognitionem domini, quod in minima, quæ superest, particula hæret, toto autem sublato extinguitur. Vult. *in §.* 3. *I. de Locat. n.* 14. Nec igitur ob sterilitatem remittitur, de quo vid. Clar. §. *Emphyteusis Q.* 8. *n.* 7. Valas. *Q.* 27. *n.* 23. *& seqq.* Bronch. 1. *Aff.* 84. Kopp. ab Æxerna 2. *Dissert* 15.

13) Quæ sententia communis. Pro eo tempore quo hostes possident, totus fundus periit. Quare non obstat quod bellum casus fortuitus. Fachinæ 1. *Contr.* 90. vid. Alc. *in L.* 21. §. 1. *de acq. poss.* Valasc. *Q* 27. *n.* 13. *& seqq.* qui hanc quæstionem dubitatissimam vocat. & Tesuar. *Dec.* 20.

14) De quo plane Valas. 1. *L. Emph. Q.* 17.

15) Quæ communis opinio referente Valasco *Q.* 6. *n.* 8. Clar. §. *Emphyt. Q.* 47. eo tamen magis inclinante, quod uti emptio parit actionem empti, locatio locati: ita hic contractus actionem ex emphyteusi.

D. de cond. ex lege. Quod si etiam emphyteuta per triennium totum aut non solvat domino solitam pensionem, aut non præstet publicarum functionum apochas; tum etiam hæc volente domino pœna est, ut liceat ei emphyteutam rejicere. *L. 2. C. de jur. emph.* In agris ecclesiasticis in emphyteusin datis voluit Justinianus biennium dumtaxat in hac re expectari. *Novel. de al. & emph. §. si vero quis aut locator.* unde *auth. qui rem, C. de sac. sanct. eccl.* Quæ pars quoniam amissionem juris emphyteutici continet, exponetur a me sequenti loco, in quo quæritur, quibus modis, & quando hoc jus amittatur.

XXV. In alienatione juris emphyteutici & meliorationum emphyteuta domino ea præstare debet, de quibus supra in hac alienatione diximus. Quorum summa hæc est: ut si emphyteuta rem alii vendere cogitat pretio oblato: denuntiatione interposita, potestatem domino faciat emendi eodem pretio, si velit. Id si domino placet, tum ei potius rem addicere eodem pretio: Si dominus silet, ejus voluntatem expectet emphyteuta ad duos menses, ex quo illi denuntiavit. In traditione autem & translatione juris emphyteutici, quacumque ex caussa transferatur, desideret a domino, ut novum emphyteutam in possessionem admittat. Quo cessante, nihilominus & hic voluntatem ejus exspectet ad duos item menses. Intra quos domino novum emphyteutam admittenti jubetur præstare quinquagesimam partem vel pretii in venditione juris emphyteutici, vel æstimationis loci extra venditionem. Sed & post duos istos menses, quibuscumque vendet, aut ad quoscumque jus transferet invito domino, quod illi concessum est: semper hoc excipitur, ne transferat ad personas non idoneas solvendæ pensioni, aut ad eam alienationem accedere prohibitas. Si quid adversus ea fecerit, pœna hæc est, ut jure suo cadat. *d. L. 3. in fin. C. de jur. emph.* Quibus omnibus casibus res ad dominum redit, quos nunc tantum breviter perstringimus, ut pro loco, quia cum & hi pertineant ad amissionem hujus juris, opportunius omnes hujus generis casus in unum conducti in ea parte exponentur.

XXVI. Ex his jam statui potest, in vectigali & emphyteuticario fundo uter sit dominus, ipse qui fundum dedit: an emphyteuta qui accepit: & in summa quid juris quantumque uterque in eo fundo habeat. Apparet igitur eum, qui fundum in emphyteusin dedit, nihilominus dominum manere. Et quidem non a veteribus tantum, sed & in omnibus constitutionibus posterioribus, quæ huic juri plurimum tribuerunt, is perpetuo rei dominus appellatur, distinguiturque hoc nomine ab emphyteuta. *§. adeo, Inst. de locat. L. 1. L. 2. L. 3. C. de jur. emphyt.*

XXVII. Ac ne otiosum quis dicat hoc dominium, alio fundum possidente, eoque utente fruente; spectatur hoc jus dominii in his rebus tribus: in pecuniis, quæ pro eo jure præstantur, exigendis; in jure revocandæ & sibi vindicandæ rei; in actione in rem directa, quæ de fundo emphyteutico ei competit. Quæ pecuniæ prestantur domino pro fundo, hæ sunt: annua pensio initio constituta; & si jus emphyteuticum ad alios transfertur, domino novum emphyteutam recte admittente, quinquagesima pretii, vel æstimationis loci. Hæc non ob aliam caussam, quam quia dominus est, cui præstantur: & ut emphyteuta his præstationibus eum talem agnoscat. Quod tum vere intelligitur, cum emphyteuta hæc, uti oportet, non prestitit. Tunc enim vetus ille dominus jure suo usus ob jus dominii non agnitum rem ad se revocat, ut mox dicetur. Jus revocandi & sibi vindicandi fundi emphyteutici non in hac specie tantum spectatur, sed in omnibus iis modis, quibus hoc jus amittitur, aut in commissum cadit, de quibus postea. Tot enim modis res ad dominum illum veterem redit, non ut ejus nunc fiat, sed ut dominium, quod prius imminutum habuit, jam integrum ei confirmetur, sublato emphyteutico jure, quod prius illi obstabat. Actionem autem directam in rem de fundo emphyteutico, etiam manente adhuc jure emphyteutico, & pensionibus recte solutis, habet dominus is, qui fundum dedit. Constat enim eum habuisse, priusquam fundum vectigalem faceret: Tum enim pleno jure dominus fuit. Ex quo in rem actio jure civili. *L. in rem, D. de rei vind. §. namque Inst. de act.* Hanc autem agro emphyteuticario facto, non amisit: quandoquidem emphyteuta solum utilem in rem habet, similiter ut superficiarius. *L. tutor, §. ult. D. de pignorat.* Ex quo intelligitur &, fundo emphyteutico facto, directam actionem ejusdem manere, cujus prius fuerat. Quod de eo domino, qui alii in suo solo superficiem constituit, diserte scriptum est in *L. 1. §. is autem, D. de superf.* Hujus actionis usus hic est, ut ea dominus fundi uti possit, non quidem adversus emphyteutam, qui etiam a domino ipso potest ultro fundum vindi-

Digitized by Google

vindicare, ut supra diximus: *L. 1. D. si ag. vect.* sed adversus alium quemvis fundi emphyteuticarii possessorem. Tribuitur hoc domino soli in superficiariis ædibus in *d. L. 1. §. is autem, de superfic.* Tribuendum igitur & ei, qui fundum emphyteuticarium constituit, quia uterque pariter est rei dominus, & directam actionem de re, ut ante, retinet. Dominus ergo manet, qui fundum in emphyteusin dedit, nec frustra aut verbotenus dominus dicitur, in quo sunt ii dominii effectus, quos dixi.

XXVIII. Quod si ita est, emphyteuta non est dominus fundi vectigalis seu emphyteuticarii. Neque enim duo domini ejusdem rei in solidum esse possunt. *L. si ut certo, §. ult. D. commod.* Et ne in re aperta argumentis sit opus, diserte scribitur in *L. 1. si ag. vect.* etiam eos, qui a municipibus fundum in perpetuum fruendum & vectigalem acceperunt, in rem quidem actionem habere etiam adversus ipsos municipes, attamen non effici dominos. Quæ mihi fuit caussa in quæstione dominii, cur, dominio definito, non sim usus divisione vulgari, qua dominium dividunt [16] in directum, & utile. Directum appellantes ejus, qui fundum in emphyteusin dedit, aut in suo constituit aliis jus habendi superficiem, seu superficiarias ædes, quia hi habeant his de rebus directam actionem in rem: utile autem dominium emphyteutæ, & superficiarii, quia his detur actio in rem utilis. Non recte statuuntur hæ dominii species, si emphyteuta & superficiarius domini non sunt. Emphyteutam autem dominum non esse jam ostendi. Quod de superficiario multo magis dicendum est, quem constat in alieno solo ædes positas habere, quarum ideo proprietas & civili & naturali jure non potest alius esse, quam ejus, cujus est solum. *L. ult. D. de superf.*

XXIX. Sane possessores & emphyteuticarii patrimoniales, qui fundos ad patrimonium principis pertinentes beneficio principis in emphyteusin acceperunt, dicuntur fundorum esse domini, in *L. possessores, C. de fund. patrimon. lib. 11.* Sed proprium hoc istorum emphyteuticariorum jus est, eoque [17] nec ad cæteros transferendum. Sic enim de his alii Imperatores nominatim scribunt in *L. 4. C. eod tit. fundi patrimoniales, & qui emphyteutico jure ad domum nostram diversis generibus devoluti sunt, sic eis, qui eos poposcerint, cedunt; ut commissi metus esse non possit. Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea jure dominii: ita tamen, ut enim quæ in nostra possessione positi præstiterint, & in posterum dissolvant.* Hæc illi, quæ ipsos proprie de suis fundis dicere apparet.

XXX. Et tamen quia excepta pensione & superioribus præstationibus, emphyteuta alius quivis, si modo fundum in perpetuum acceperit, omnia fere jura domini obtinet: fatendum est jus ejus esse dominio proximum, & ipsum quasi dominum quendam esse fundi. Nec aliud interpretes puto sentire, cum hujus dominium vocant utile, propter actionem in rem utilem, quæ hujus dominii nomine competit. Verbo quidem parum apto, & juris auctoribus incognito; divisione autem ei generi quod dividunt, nullo modo conveniente. Attamen ea sententia, quam dixi, dum significare volunt emphyteutam effectu juris quodammodo dominum esse. Eadem forma, qua hypothecaria actio dicitur quasi Serviana §. *item Serviana. Inst. de act.* quæ tamen propter effectum interdum dicitur absolute Serviana *L. 3. D. de pign.*

CAP.

16) Duar. 1. *Disput.* 17. Cujac. 21. *Obs.* 35. Baro *Lib.* 4. *de Benef. C.* 7. Forst. 2. *de Success.* 18. *n.* 42. dicens, si totas Pandectes eloquis evolverit, distinctionem hanc non reperturum, Vult. *in pr.* 1 *de R. D. n.* 24. eam promanasse ex fecibus posterioris seculi, & *Discept. C.* 18. Bodin. *Distrib. jur. univers. pag.* 36. hæc verba ex usu feudorum manasse in vulgus. Et hanc divisionem naturam dominii confundere, generis ac satius differentiam subvertere. Fridec. Tileman. P. 2. *Disput.* 13. *Th.* 5. & Gifan. *ad Rubr. D. de acq. dom. n.* 15. Pinel. *in L.* 1. *Cod. de bon. mat. P.* 2. *n.* 6 Rittershus. *Partit. Feud. Lib. I. C.* 3. *Q.* 4. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* §. 2. *n.* 8. A. Fab. 20. *Conject.* 11. *p.* 121. Diss. Zas. *in L.* 17. §. 1. *de acq. poss. n.* 12. & *seqq.* caussa, ait, facilioris eruditionis. Coras 6. *Misc.* 20. P. Greg. 1. *Synt.* 12. *n.* 7. Hotom. *Disput. Feud. C.* 33. Rob 3. *Sent.* 18. *in fin.* Gad. *ad L.* 27. *de V. S. n.* 18. & DD. *Communiter.* Jo. del Castillo *Quotid. Contr. de Usufr. C.* 75. *n.* 24. & *seq.* Velas. *Jur. Emph. Q.* 13. & *seq.* Veteri autem jure differentia fuit dominii bonitarii & Quiritiarii, de quo Rev. 2. *Var.* 12. Gifan. in *d. Rubr. n.* 19. A. Fab. *d. C.* 11. & 56. *Err. Pragm.* 4. & 63. *Err* 4. 5. 6 & *passim.*

17) Ita & Valasc. *Q.* 13. *n.* 1 non juste alios emphyteutas cum his comparari, Jo. del Castillo *d. C.* 75. *n.* 28.

CAP. XV.

Jus emphyteuticum recte constitutum etiam suis modis amitti. Quibus, & Quatenus.

I. SEd quidqnid juris emphytentæ io fuodo emphyteuticario essa placet, tandiu esse cnnstat, dnnec amittatur. Quærendum igitur ad extramum, an amittatur; & quibus ex caussis; tum, his canssis incidentibns, quateuns. Amittitur vern & jus emphyteuticum, nt cætera suis mndis. Amittitur autem aut cx persona cedentis, aut lege ipsa & conveutioue constituti juris, aut emphyteutæ culpa.

II. Ex persona domioi cedentis, si is constitnit, qui ipse dominus fuit ad tempus. Solutn jure cedentis, etiam jus accipientis evanescit. *arg. in L. lex vectigali, D. de pignor.* Ut puta, fundus legatus sub cnnditionc interim heredis est. Finge, pendente conditione heredem dedisse in amphytcusin. Recte datus erit ut a dnminn: sed transibit cum sua caussa, ut exsistente conditione legati eximatur emphyteutæ, quia & tum res auferretur dominn, quanvis apud eum mansisset, *arg. in L. & post. 12. §. 1. D. fam. erc.*

III. Lege ipsa fuodi vectigalis jus emphyteuticum [t] finitur, cum ad certum tempus fundus datus est, puta ad decem, viginti, triginta annos, & tempus finitum est. *L. ult. D. si ag. vect.* Idem est, & si nominatim cnnvenerit, nt ad certum tempus, vectigali noo solnto, is fuodus ad dominum rediret, & lege cnmmissa dominus sna lege utatur, & fundum vindicet. *d. L. lex vectigali, D. de pignor.* Quibns casibus hoc qunqne eveniet, ut si emphytcuta prius fundum dederit pignori, tum qunque jus pignoris evanescat. *d. L. lex vectigali.*

IV. Cnlpa emphyteutæ amittitur, com quæ eom præstare oportet, onn præstat intra tempora lege cnnstituta. Ea quatuor esse

t) Num vere ut locatio, finito tempore renovata videtur ex utriusque taciturnitate, ita & emphyteusis? Negat Valasc. Q 20. n. 20 Fachin. t. Contr. 84 quia emphyteuta requirat scripturam; & quia, cum tacite nunquam contrahatur, nec tacitæ renovationi locus sit. Finitur autem & quando emphyteuta renuncians domino jus suum cedit, quod tamen invito domino non potest. Tiraq. *de Retr. lign.* §. 34. *Gl.* 1. *n.* 2. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 16. n. 9.

esse diximus: in re quidem, ne eam dolo deteriorem faciat: extra rem autem, ut solvat pensionem constitutam, ut expediat publicarum functionum apochas; ut si vendere volet, dominum volentem emere alii empturo præferat: si licebit vendere, & volet, in eo consensum domini impetret, & consentienti præstet quinquagesimam partem.

V. Et ob rem [2] deteriorem factam in agro ecclesiastico, emphyteutam ejici posse cautum est. *Nov. de alienat. & emph.* §. *si vero quis.* unde *auth. qui rem*, *C. de sacros. eccles.* Quod recte & ad alios emphyteutas rerum non ecclesiasticarum transferemus. Nam & colonus quivis ob eam caussam ejici potest. *L.* 3. *C. loc.* Multo magis emphyteutam ob eamdem caussam ejici posse dixeris: cum emphytanta nominatim rem accipiat, ut excolat & meliorem faciat. Unde & emphytausis nomen, cui contrarium est rem deteriorem facare. Proinde & hoc contra legem contractus, adversus quam colonus faciens si jure expelli potest, *d. L.* 3. *C. loc.* poterit & emphyteuta adversus eamdem legem peccans, quia in contractu amphyteutico non minus placet firma & rata esse ea, de quibus convenit. *L.* 1. *C. de jur. emph.*

VI. Ob reliqua tria non præstita certi juris est emphyteutam jus suum amittere. Sed aliter in cæteris præstationibus superiorum rerum: aliter in pensione non soluta & apochis publicarum functionum non præstitis. Nam ex cæteris caussis non præstitis his, quæ oportet ita, ut constitutio exigit, vult constitutio statim jus emphyteuticum amitti. Ob pensionem autem & publicarum functionum apochas, placet emphyteutam non ante cadere jure suo quam triennio in his præstandis cessaverit: nisi quid tamen aliud convenerit. *L.* 2. *C. eod.* Cæterum triennio exacto, etiam ex his caussis jus emphyteuticum amitti; nisi rursum aut conventione contra cautum sit, in quo etiam conventio servanda est: *d. L.* 2. *de jur. emph.* aut emphyteuta pensionem [3] intra triennium obtulerit, & domino [4] accipere recusante obsignarit & deposuerit ea forma, quæ ad liberationem debitoris præscribitur in *L. acceptam*, *C. de usur. L. obsignatione*, *C. de solut.* & hoc item cautum *d. L.* 2. *C. de jur. emph.*

VII. Quo loco notandum est, posse emphyteutam ex his caussis duabus repelli non tantum si conjunctim in his præstandis moram fecerit, ut simul neque pensionem solitam solverit, neque apochas tributorum domino redderet, quod tamen exigi videtur in *d. L.* 2. illic, *sin autem nihil.* sed etiam disjunctim, si quid horum præstitum non erit. Nam & de hac ejectione scriptum est in *ead. L.* 2. *in pr.* sub disjunctione, *si emphyteuta solitam pensionem, vel publicarum functionum apochas non præstiterit.* Et præterea in extremo ejusdem legis cavetur emphyteutæ, quomodo pensionem recte offerat, ut habeatur pro soluta, quamvis domino eam accipere recusante: & additur ratio, ne ex hujusmodi recusatione is, *qui emphyteusin suscepit, suo jure cadat.* Quibus verbis aperte declaratur, si neque dominus pensionem acceperit, neque emphyteuta in ea offerenda ea cautione usus erit, quam lex præscribit, futurum esse, ut ob pensionem ipsam solam non solutam emphyteuta repelli possit. Et quod dicimus eum a domino repelli posse, valet id, quod superioribus verbis exprimitur, eum cadere suo jure. Itaque in pensione non soluta, & apochis publicarum functionum non præstitis, in horum, inquam, utroque omnia post cessationem triennii cum reliquis præstationibus non repræsentatis communia ad jus emphyteuticum amittendum.

VIII. Unum in his ipsis duabus caussis ambigitur, cum semel post cessationem triennii potestas emphyteutam repellendi domino quæsita est: debeamusne præfracte & sine exceptione hanc potestatem accipere ita, ut nulla sit defensio emphyteutæ, qui per triennium istas res non præstitit, quominus possit expelli: an vero sit aliqua, quæ illum tueatur. Quod ideo quæritur, quia adversus expulsionem istam occurrunt defensiones probabiles quin-

2) Vid. Clar. §. *Emphyt. Q.* 26. Herm. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 28. Confer Valasc. *Tomo* 1. *Consult.* 50. An emphyteuta possit formam fundi mutare fructuosiorem reddendo remissive, Tiraq. *de Retr.* convent. § 3. *Gl. un. n.* 28. Io. del Castillo *de Usufr. C.* 25. *n.* 11. *& seq.*

3) Sed num si canonem se soluturum jurejurando promisit, ex unius anni cessatione expellendus? Affirmat Zoan. *Rer. Quotid. C.* 7. *n.* 6. arg. *L.* 41. *C. de trans.* Negant Clar. §. *Emphyteusis Q.* 8. *n.* 2. Sachie. 3. *Contr.* 16. quia juramentum sequitur naturam contractus. Quid si alius pro Emphyteuta solverit canonem? Non privari. Tiraq. *de Retr. lig.* §. 1. *Gl.* 9. *n.* 259. Recte, puto, per *L.* 39. *de neg. gest. & simil.* licet dissentiat Zoan. *Rer. Quotid. C.* 8. *n.* 12. qui & *ibidem n.* 1. etsi pro parte in solutione pensionis deficiat, emphiteusim totam caducam fieri. Quid igitur si defecisset in solutione unius denarii vel minimæ summæ, vid. Valasc. *Consult.* 86. Sane si ideo non solvit, quia sibi vicissim dominus debeat, paratus cum eo compensare, non cadere illum jure suo, communis & benignus est, Tiraq. *de Retr. lig.* § 3. *Gl.* 3. *n.* 4. Illa certe dura opinio est, quæ si ex pluribus heredibus unus solvere cessat, omnes jure suo privat, ut Clar. §. *Emphyt. Q.* 8. *n.* 13.

4) Est & Exceptio in emphyteuta qui a principe accepit, per *L.* 4. *C. de fund. patrimon.* Tiraq. *de Nobilit. C.* 37. *n.* 60.

quippe, quæ dubitationem adferant, de quibus ob hanc caussam hoc loco paucis dispiciendum est: ut sive adimuntur emphyteutæ, quæramus, quam recte, & quam aliis locis convenienter: sive tribuuntur, norimus, quæ sint, quo his tanquam exceptione superioris juris utamur. Adimuntur vero emphyteutæ priores quatuor: tres quidem ex his nominatim in *d. L. 2. C. de jur. emph.* Quarta ratione dijudicatur. Quinta emphyteutæ relinquitur.

IX. Prima ergo defensio est, si dicat se multas meliorationes instituisse in fundo: non [5] esse æquum, ut his factis ejiciatur ipse, & dominus ad paratos alieno labore fructus accedat: certa non esse æquum, ut his fruatur, nisi paratus sit sumptus in eam rem factos refundere. Et placet nihilominus eum ejici posse, & meliorationes una cum fundo ad dominum ita redire, ut earum nomine nihil possit domino objici. *d. L. 2.* illic, *nulla in posterum.* Nequa iniquum est hoc statui adversus eum, qui in eo culpæ suæ pœnam luat.

X. Secunda defensio est ex pœnæ adjectione, si proponas convenisse initio, ut pensio suis quæque temporibus præstaretur, ac nisi præstaretur, dominus stipulatus sit pœnam. Dici enim potest, dum hanc pœnam emphyteuta offerat, dominum nihil amplius requirere debere: quasi ideo adjecta sit, ut ea esset contentus, & a pœna legis recederet. Et placet ne hanc quidem pœnam, idest, pœnæ adjectionem domino opponi posse, quominus liceat ei emphyteutam repellere. *Ibidem.* Merito: pœna enim domini caussa adjecta est. Proinde hac utetur ille, si volet: si non vult, licet ea non uti. *L. si judex, D. de minor. L. penult. C. de pact.* Pœna adjecta est, quo aliquid accederet ad obligationem. Non ergo ut detrahat ei obligationi, quæ esset futura, si pœna promissa non esset, & ut verbis Ulpiani utar, cum accesserit aliquid obligationi, non est ab ea obligatione recessum. *L. 4. §. si ex conventione, D. de re jud.* Sane non desunt species, in quibus quis peculiariter sibi cavendo beneficium lege sibi tributum amittit. Ut, mulier sibi cavens quibusdam rebus mariti, ut sibi pignori sint dotis nomine, non habet hypotecam tacitam, quæ alioqui ei tribuitur in omnibus bonis mariti. *L. ult. C. de pact. convent.* item heres deliberatione petita, inventarii beneficio non utitur. *L. ult. §. sin autem hoc aliquis, C. de jur. deliber.* Sed hoc nunquam aliter fit, quam cum nominatim lex beneficium suum tribuit hac lege, ne is cui tribuit, alia cautione sua propria utatur. Quod Justiniano in superioribus duabus caussis faciendum esse visum est propriis rationibus, quas notavi ad *L. creditor, D. si cert. pet.* Cæterum ubi nominatim alicui non tribuitur its beneficium (neque pluribus in caussis tribui, quam in his superioribus duabus animadverto) quantumvis in eo singulare jus sit, & privilegium; tamen id ita datum intelligetur, ut nemo quanvis de eadem re sibi cavarit amplius, ideo privata cautione id sibi adimat, sed potius sibi confirmet. Quippe *jus vigilantibus scriptum est.* L. pen. in fin. *D. quæ in fraud. cred.* Quod multo magis in hac specie dicendum est, in qua potestas repellendi emphyteutæ ob non solutam pensionem, non novo aliquo beneficio & singulari; sed jure communi tribuitur. *L. 3. C. loc.*

XI. Tertia defensio est, si dicat emphyteuta se per totum triennium de pensione solvenda a domino interpellatum non esse: si interpellatus esset, se soluturum libenter fuisse. Idcirco se moram non fecisse: ubi autem mora & delictum ejus non sit, ibi pœnam esse non debere. *L. aliud est fraus, D. de verb. sign.* Et admittur illi hæc quoque defensio *eadem L. 2. ibidem*, hac ratione addita, quod ea lege præfiniatur illi certum tempus novissimum pensioni solvendæ, triennium: die constituto satis eum interpellari: proinde & ejus lapsu moram fieri non minus, quam aperta interpellatione. Quod & a se anteriore lege generaliter cautum esse Justinianus scribit, intelligens *L. magnam, C. de contrah. stip.*

XII. Quarta defensio est ex his, quæ postea incidunt, si forte dominus post cessationem triennii pensionem ab emphyteuta acceperit. Quid enim, an non videatur hoc modo [6] vindicationi rei renuntiasse,

5) Communis opinio est expulsum melioramenta cum re amittere. Clar. *d. §. Q.* 45. Cui satis firmum fundamentum non est, in *d. L. 2.* ibi, *nulla allegatione nomine meliorationis*, quia tantum significant non hanc defensionem a caducitate liberare, quasi qui in uno dominum offenderit, in altero ipsius commodum promoverit, ut & animadvertit Valasc. *Q.* 25. *n.* 2. qui tamen a communi non recedit fuse hac de re tractans.

6) Dura hæc sententia, quam probare mihi religio est. Nuspiam certe proditum dominum posse simul etiam, postquam fundo exegerit emphyteutam, canonem, propter quem non solutum exegit, extorquere. Et disconvenit similitudo a locatione petita, verumque non est pensionem in emphyteusi præstari pro usu rei sive præterito sive futuro, sed immo in signum ac recognitionem dominii, ut not. *supra C.* 13. *N.* 14. Quare pensionem accipiens ut se dominum profitetur, ita solventem emphyteutam agnoscit, vid. & Clar. §. *Emphyt. Q.* 10. Fach. 1. *Contr.* 99. & Io. Vinc. Honded. *Vol.* 1. *Cons.* 55. *n.* 6. *& seqq.* Sane Iure Canonico minus hic dubii, quo, hoc amplius etiam emphy-

tiasse, qui pensionem potius elegit, quæ non nisi emphyteusi manente solet præstari?

XIII. Movet exemplum commissoriæ legis. Nam si fundus venditus sit ea lege: ut, si emptor ad certum diem pretium non solveret, fundus esset inemptus, atque hoc modo ad dominum rediret (quæ pactio dicitur lex commissoria. *L. 2. D. de leg. com.*) placet, pretio ad diem non soluto, si venditor postea pretium accipiat, aut etiam petat; videri eum legi commissoriæ renuntiasse; nec posse eam postea exercere, idest, ita pretio debere esse contentum, ut postea non possit fundum emptori auferre. *L. 4. §. eleganter. L. pen. D. de leg. com.* Atqui ex constitutione Justiniani hac ipsa lege datus intelligitur fundus emphyteuticarius. Hæc enim conditio est, ut si intra triennium pensio soluta non sit, fundus desinat esse emphyteuticarius, & ad dominum redeat. *d. L. 2. de jur. emph.* Cur non igitur pensione postea accepta, dicamus huic legi, & rei ipsi renuntiatum videri? Sed hæc similia non sunt. Ad significandam enim repudiationem rei traditæ, inter acceptionem pretii ex vendito, & acceptionem pensionis debitæ ex locatione vel emphyteusi multum interest. Pretium in venditione pro re ipsa præstatur, non quo in præteritum tantum, sed etiam quo in futurum res habeatur. Ideo venditor non potest utrumque habere. Et quia non potest; necessario evenit, ut si unum admittit, alterum repudiet. *arg. in L. illud, D. de acq. her.* At pensio præteriti temporis in locatione aut emphyteusi non præstatur pro re, sed pro usu rei, & eo quidem præterito non futuro: ut plane absurdum sit dici eum, qui pensionem præteriti temporis jam debitam acceperit, ideo videri rei ipsi in futurum renuntiasse, pro qua omnino nihil accepit. Alioqui dicemus in locatione dominum, qui debitam pensionem a colono acceperit, finita locatione rem suam repetere non posse, quod perspicue falsum est. Nam nec locatio mutat proprietatem; *L. non solet, D. loc.* nec finita locatione, obstat, domino ulla conventio, quominus rem suam repetat. Denique sic res habet: pensione per triennium ab emphyteuticario non soluta, duæ res simul domino deferuntur: pensio triennii, quæ pro usu præteriti temporis illi debetur ex contractu emphyteutico: & ager ipse, cujus revocandi fit illi potestas jure ob cessationem emphyteutæ. Non deferuntur hæc disjunctim, ut illud aut illud emphyteuta habeat: sed conjunctim utrumque, ut simul utrumque habeat, uti & res diversæ sunt, propter quas ea deferuntur, cum alterum deferatur pro usu, qui præcessit; alterum ob cessationem emphyteutæ. Quare & dominus utrumque consequi debet: cui repugnat, ut uno admisso dicatur alterum amittere.

XIV. Quid, si pœna promissa, si pensio soluta non esset, dominus pœnam admiserit? Ne sic quidem videbitur dominus juri revocandæ rei renuntiasse. Itaque & pœnam retinebit, & nihilominus emphyteutam, si volet, jure ejiciet. Non obstant ii loci, quibus traditur, non posse simul pœnam exigi, & rem propter quam pœna promissa est. *L. 4. §. Labeo ait, D. de dol. mal. exc. L. ita stipulatus, 115. in fin. D. de verb. obl. L. cum proponas, C. de trans. L. rescriptum, §. 1. D. de pact.* Videndum est enim in proposito, cujus rei nomine pœna sit promissa. Est autem promissa, si pensio soluta non sit: non autem hac conditione, si emphyteuta pensione per triennium non soluta, de fundo decesserit. Itaque pensione non soluta, fatendum est ex superiore sententia non posse simul utrumque exigi, & pensionem & pœnam: sed qui unum acceperit eo contentum esse debere. At uno ex his accepto, sive pensione, sive pœna; quominus possit dominus etiam rem repetere, superior sententia non est impedimento: quoniam propter rem non restitutam pœna non accipitur, ut quæ eo nomine non fuerit promissa.

XV. Quinta defensio est, si convenerit, ne emphyteuta ob pensionem non solutam expellatur. Hæc vero conventio rata est. Licuit enim domino juri suo renuntiare. *L. pacisci, L. pactum, D. de pact. L. penult. C. eod.* Si quid adversus naturam contractus convenisset, conventio non esset servanda tanquam facta contra jus: ut si placeret emptionem esse sine pretio: si convenisset in mutuo, ut plus redderetur, quam acceptum est: *L. si tibi, D. de pact.* ai in precario, ut id domino danti ante certum tempus revocare non liceret. *L. cum precario, D. de precar.* At superiore conventione nihil fit adversus naturam emphyteusis: sed magis ipsa emphyteusis confirmatur, dum

phyteutæ celeri satisfactione moram purgare licet *C. potuit ult. Extr. de Locato.* Quod tamen juri civili non convenit, quia mora in re non purgatur, vid. Connan. 7. Comm. 13. n. 9. Rittersh. *Partit. Feud. Lib. 2. Cap. 5. Quæst. 45.*

dum id agitur, ne rem emphyteutæ alioqui pensionem post tempus solventi auferre liceat; quod est maxime conveniens emphyteusi in perpetuum constitutæ. Hæc autem maxime proprio emphyteusis. *L.* 1. *D. si ag. vect.*

XVI. Postquam constabit eas caussas incidisse, propter quas jus emphyteuticum amitti dicimus: reliquum est, videamus de vi hujus amissionis, idest, quatenus ex his caussis id jus amittatur, utrumne ipso jure, ut sive velit dominus, sive nolit, finiatur: an vero nonnisi domino volente. Et duabus prioribus ex caussis finitur ipso jure, ex tertia non nisi volente domino, & emphyteutam expellente. Primum finito jure domini, nulla dubitatio, quin non possit consistere id jus, quod ex eo jure pendet *argum. in d. L. lex vectigali, D. de pign.* Et ita in universum jus est: ut alienatio cum fit, cum sua causa res ad alium transeat, quæ caussa futura esset, si apud dominum ea res mansisset. *L. alienatio, D. de contrah. empt. L. & post.* §. 1. *D. fam. erc.* Sed etsi ad certum tempus ager vectigalis fruendus datus est: fit conventione ipsa ut eo tempore finito, etiam jus emphyteuticarium ipso jure finiatur. Quod satis significatur in *L.* 1. *in* fin. juncta *L. ult. D. si ag. vect.* cum emphyteuticario datur in rem actio adversus omnes possessores: sed hac conditione, si emphyteusi ad tempus constituta, nondum tempus finitum sit. Hoc enim valet: si id tempus finitum sit, cum amplius in rem actionem non habere. Sed & de loco publico dato ita scriptum est in *L.* 1. *D. de loc. publ. fr.* Ait prætor *quominus* e *lege locationis frui liceat.* Merito ait, e *lege locationis.* Ultra legem enim, vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat. Hac pertinet, quod lege Zenonis cavetur de contractu emphyteutico; ut is contractus definitionem habeat propriam, & quæcumque in eo inter contrahentes placuerint, firma omnibus modis debeant custodiri. *L.* 1. *C. de jur. emphyt.* Itaque quod *alibi* traditur, constitutam semel obligationem, aut jus, quanvis constituta sint ad tempus, tamen tempore non finiri. *L. obligationem fere, in princ.* versic. *placet, D. de oblig.* & *act. L.* 4. *D. de servit.* ad hunc contractum non pertinet. Et generaliter id ita accipiemus, nisi aperte lex jus aliquod ad diem aut conditionem constitui permittat, ut hoc jus; usumfructum; *L. si pater, C. de usufr. L. cui ususfructus, D. de usufruct. leg.* ut rem hereditariam, quam placet sub conditione legari posse ita, ut pendente conditione, sit heredis: exsistente conditione desinat esse ejus, & fiat, legatarii. *L. & post,* §. 1. *D. fam. erc.* Hoc eo spectat, ut nec si post tempus constitutum velit dominus jus emphyteuticum manere; tamen eo magis maneat, aut cogi posse emphyteuta id retinere. Quinimo etsi uterque consentiat in id jus; tamen novo contractu sit opus, utpote vetere finito.

XVII. Cum autem ob culpam emphyteutæ jus emphyteuticum in commissum cadit: amittitur quidem hoc modo id jus: sed ita [7] si dominus velit, non aliter. Ideo cavetur in *L.* 2. in extremo, *C. de jur. emphyt.* ob pensionem non solutam licere domino emphyteutam expellere: sed adjicitur, *volenti*, quod & paulo post apertius explicatur hac conditione, *si dominus voluerit*: cum tamen in extremo ejusdem legis dicatur emphyteuta ob eam caussam jure suo cadere: ut intelligamus non aliter ex hac caussa id jus amitti, quam si dominus velit. Quod similiter cautum est: ut in lege commissoria, quæ cum eamdem committendi fundi conditionem habeat, ut scilicet si ad diem pecunia soluta non sit, fundus inemptus sit, sic accepta est: ut inemptus sit fundus & ad venditorem dominum redeat, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris caussa caveatur. *L.* 2. *L.* 3. *D. de leg. com.*

XVIII. Neque hoc dissimiliter intelligendum est, cum emphyteuta ea non præstat, quæ eum [8] in venditione aut translatione juris emphyteutici domino præstare

7) Et antequam dominus declaret suam voluntatem fructus perceptos ad emphyteutam spectare vult. Fach. t. *Contr.* 94. qui tamen *C. præc.* emphyteutam ex hac causa ipso jure privari asserit, quæ non probe convenire videntur.

8) Idem est si emptor mentiatur verum pretium, quo dominum ab emptione deterreat, post Guid. Pap *Decis.* 271. Tiraqu. de *Retr. lignag.* §. 4. *Gl.* 2. n. 2. Nec relevat si dicat se vendere reservato consensu domini, quia protestatio est contraria facto; cautionem tamen tradit, Cat. Cott. in *Mem. v. Emph. alienans*, ut vendat sub conditione, si domino placuerit, & si de jure possit. Nam tunc si dominus consentire renuat, res fit inempta & contractus nullus. Quid igitur si venditio nulla ex defectu solemnitatis? Ex. g. Uxor vendit sine licentia mariti ex statuto adhibenda. Tiraq. post *LL. Connub.* n. 205. *& seqq. & de Retr. lig.* §. 1. *Gl.* 1. n. 6. negat Emphyteusim aperiri. Objic. At quævis venditio emphyteuseos, inconsulto domino, nulla, quia jure prohibita. Resp. Disting. inter actum nullum, quia gestus contra prohibitionem constitutionis, ubi sufficit factum ipsum ad hoc ut pœna committatur; & ex alio capite invalidum, ut quia solemnitate deficitur. Quid si traditio needum sequuta ex solo contractu privatur? DD. variant & communius in negativam sententiam eunt, de quo Tiraq. *de Retr. lig.* §. 1. *Gl.* 2. n. 44. *& seqq.* Et non privari, nisi actualis traditio sequuta, licet forte ficta intervenerit, ex. gr. per constitutum, Gomez. *in L. Taurin.* 45. *n.* 95. in quo diss. Clar. §. *Emphyt. Q.* 13. *n.* 4. Parte vero fundi alienata illa sola, non toto cedit, Tiraq. *d. l.* §. 23. *Gl.* 2. *n.* 28. Clar. *d.* §. 13. *n.* 10. Ie-

del

re oportet. Jubetur quidem emphyteuta ob hæc non præstita jure suo cadere in *L. ult. in fin. C. de jur. emphyt.* nec quidquam in tota lege de volente domino adjicitur. Sed cum hoc domini caussa cautum sit, non minus: & hoc eadem conditione accipiemus, *si dominus velit.* d. *L.* 2. *D. de leg. commiss.* Nec impediemur his verbis, quibus dicitur emphyteuta ex hac caussa cadere jure suo. Nam & de eo, qui pensionem per triennium non solvit, idem dicitur simpliciter in *d. L.* 2. *circa fin. C. eod.* nec tamen eo minus hæc conditio intelligebatur, *si dominus velit*: quæ prius expressa fuerat. Hoc non eam solum vim habet, ut domino jus emphyteuticum manere volente & pensionem solitam ac cætera jura exigere, omnia illi salva sint etiam invito emphyteuta, cui non debet culpa sua prodesse: sed etiam ut quandiu dominus non aperte constituerit, fundum ad se revocare, emphyteuta eodem semper jure utatur adversus alios, adversus quos actionem in rem habeat non minus, quam ante, nec possit hac exceptione removeri, quasi, jus emphyteuticum amiserit, quia non sit amissum prius, quam constiterit dominum id velle.

XIX. Tum demum ergo ob culpam emphyteutæ jus emphyteuticum illi amissum erit, cum dominus voluerit. Quo casu permittitur ei emphyteutam a prædio emphyteuticario repellere. Sic enim verba sunt. *d. L.* 2. *C. de jur. emphyt.* Quid ergo, licetne eum repugnantem vi ejicere invitum, an cum eo, qui nolit excedere fundo jure agendum est? Sed jus certum est, 9) vim eum facere non debere, & si emphyteutam vi ejiciat, etiam dominium rei suæ amittere. *L. si quis in tantam, C. unde vi.* Immo vero etsi conventione id actum sit, ut possit dominus finito jure emphyteutico possessionem ingredi: placet quidem eum possessionem ingredientem vim facere non videri: attamen auctoritate magistratus possessionem adipisci debere. Diserte cautum *L.* 3. *C. de pign.* Jure igitur judicioque experiri debet. Est autem ei ad rem recuperandam actio in rem directa, quippe domino, quam & manente jure emphyteutico habuit, quamvis inefficacem adversus emphyteutam; nunc soluto jure emphyteutico, plane efficacem.

XX. Quid tamen, si dominus non ejiciat emphyteutam, sed possessionem ingressus vim faciat ei, quominus fundo libere utatur: an non hoc saltem ei licebit? Bartolus putat impune id domino facere licere, quia non sit emphyteutæ interdictum uti possidetis adversus dominum retinendæ possessionis caussa. Ego contra puto. Nam id interdictum datur possessori, in quo & is vincit, qui interdicti tempore nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possedit. §. *sed interdicto, Inst. de interd. L.* 1. *D. uti possid.* At emphyteuta fundum emphyteuticum acceptum vere possidet, non dominus. *L. sciendum, in pr. D. qui satisd. cog.* In qua & possessione manere eum proponimus, quamvis jure emphyteutico amisso. Eum vero certum est possessionem a domino nactum esse nec vi, nec clam, nec præcario.

CAP.

del castillo *de Usuf. C.* 24. n. 8. Beust. *ad L.* 7. 8. & 9. *pr. D. de jurejur. n.* 6. & 7. arg. *C. un* 2. *Feud.* 58. Denique ex decennalli patentia consensisse alienationi dominus censetur. Tiraq post LL. *Connub. Gl.* 7. *n.* 41.

9) Non auctoritate propria, sed judicis, ex sententia communi, Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 5. *n.* 23. Fachin. 2. *Contr.* 95. Nam etsi ipso jure caderet, sententia tamen opus. Nec sine caussæ cognitione, si facti vel juris quæstionem moveat emhyteuta, ejiciendus. P. Busius *ad L.* 2. *D. Si ag. vect. n.* 2. Dis. Vasq. 3. *Contr. usufreq.* 64. *n.* 5. qui & multis utriusque partis auctoribus relatis, scribit, *n.* 3. incertum esse utra opinio receptior sit.

CAP. XVI.

De superficiebus: seu de Jure superficiario. Quid sit: tum Quomodo constituatur.

Jus superficiarium quid sit; quid simile habeat, aut diversum ab emphyteutico; quid superficiarius. I.

Tria ad jus superficiarium constituendum necessaria. II.

1. *Ut alienum sit solum, in quo habetur.* III.
2. *Ut sit posita superficies in alieno solo. Obitor quid sint ædes, quid superficies & quæ istarum differentia.* IV.
3. *Ut ab illo, cui superficies tradita est, habeatur pro sua.* V.

Contrariis occurritur; & tota superficiarii juris ratio plenius, & planius explicatur. VI. VII.

Constat jus superficiarium persona constituentis; re; & modo constituendi. VIII.

Constituentis persona, dominus soli, & quidem solus: & quare. IX.

Res *in qua constituitur*, solum. X.

Modi, quibus constituatur, emptio & conductio. XI.

Conductionis modus duplex, & qui. XII.

Item modus duplex emptionis, & qui. XIII.

Quæ utriusque distinctio; & quo juris effectu differat conductionis modus ab emptione. XIV. XV.

Emptio certus superficiei constituendæ modus. XVI.

Contraria refelluntur, & locus Ulpiani in L. ait Prætor. *in princ.* D. de superfic. *& L.* idest 74. D. de rei vindic. *& L.* superficiarias D. de superf. *illustrantur.* XVII. XVIII.

Constituitur superficies etiam donatione inter vivos, & testamento. XIX.

Superficie constituta suis modis, ea tamen non transfertur, nisi accesserit traditio. XX.

Præterquam si fuerit testamento legata, & quæ in tali constituendi modo distinctio. XXI.

Constituendæ superficiei quis finis, & effectus; & quibus ille cautionibus obtineatur. XXII.

I. JUs superficiarium [1] emphyteutico finitimum est. Utrumque in prædio alieno: utrumque dominii jus continens. Hoc interest, quod jus emphyteuticum est in ipso solo: jus superficiarium in superficie, unde nomen. Similitudo indicatur in *L. tutor.* §. *ult. D. de pignorat. act.* differentia in *L.* 1. *in pr. D. quib. mod. ususf. amitt.* Jus superficiarium est jus superficiei [2] in alieno solo habendæ: aut, ut Jurisconsulti veteres rem explicant, est jus superficiarii (sic enim vocant eum, cujus hoc jus est. *d. L. tutor, in fin. de pignorat. act. L.* 3. §. *pen. D. de op. nov. nunt. L. qui bona*, §. *superficiarium. D. de damn. inf.*) Superficiarius autem is, qui superficiem in alieno solo habet. *L.* 1. §. 1. *D. de sup. L. in speciali*, in fin. & *L. id est, seq. D. de rei vind.*

II. Itaque jus superficiarium, ut sit, tria desiderat: alienum solum; superficiem in eo solo positam; & ut ea superficies habeatur.

III. Alienum solum esse volumus, quia quærimus superficiem solam, quæ hic habeatur. Quod fieri non potest, nisi solum sit alienum.

IV. Quærimus superficiem in alieno solo. Est autem superficies ædificium per se intellectum, distinctum a solo. *L. qui res*, §. *aream*, illic: *non est similis. D. de solut.* sic dicta, quia sit id solum, quod supra faciem soli eminet, neque soli pars est. Atque hujusmodi ædificium hic quærimus. Non dixerunt veteres superficiarium esse, qui ædes in alieno solo positas haberet, quia id improprie diceretur, ædes enim, sive insula, sive domus duabus rebus

1) In quo conveniant vel dissideant exponit Valasc. *Jur. Emphyt. Q.* 33.

2) Ægid. Hortens. *ad. L.* 13. §. *ult. de pig.* vult Superficiem esse servitutis speciem, per *L.* 86 §. *ult. de leg.* 1. inde inferens, quæ de Servitutibus usucapio constituta, etiam ad hanc trahi posse. Sed malo dicere ibi Servitutem abusive vocari, cum de superficie, nec compositores nostri nec Jurisconsulti in materia servitutis tractasse reperiantur. Et quæ de servitutibus urbanis constituto (qualis hæc statuenda foret) huic juri non convenire aliquis deprehendet ex collatione eorum, quæ de hoc jure, & quæ de illis traduntur. Denique superficiei servitus imponi potest *L.* 1. §. *ultim. hoc til.* Servitus autem servitutis non datur, quomodo &, post hæc scripta, vidi sentire Coras. *ad L. servit.* 3. (*ipsi* 2.) *de servit. n.* 6. *& sequent.*

rebus constant, area & superficie. *d. L. qui res*, §. *aream*, *de solut.* Quo fit, ut si quis alicubi dicatur habere ædes, vi & proprietate verbi dicatur habere & superficiem & solum, id est, superficiem in suo solo: cui contrarium est, si dicatur habere ædes in aliano solo. Sane interdum ædium verbo significatur superficies: sed cum adjuncto, ut dicantur ædes superficiariæ, ut in *L. ultim. D. de superfic.* qua adjectione facile intelligimus non totas ædes significari, sed quatenus in his superficies tantum habetur.

V. Volumus, cui ita superficies tradita sit, ut eam habeat, id est, habeat pro sua, quo possit & de ea, ut de re sua, statuere.

VI. At non videtur ejusmodi aliquod jus conventione constitui posse, repugnante videlicet natura rei, & jure cum gentium, tum civili. Natura rei non patitur, ut ædificium esse possit sine solo. Proinde ne illud quidem, ut possit penes aliquem esse superficies, quin & penes eum sit solum. Juris autem ratio facit, ut omne ædificium cedat solo, & quisquis soli dominus est, idem sit & ædificii, quanvis ædificium fuerit ab alio impositum etiam bona fide. §. *cum in suo. Instit. de rer. divis.* Quod & ipsum de superficiariis ædibus, seu de superficie ista, quam hic quærimus, diserte scriptum est in *L. ult. D. de superfic.* Unde placet omnem hujusmodi conventionem nullius esse momenti, si convenerit, ut solum sit alicujus sine superficie, aut superficies sine solo. *L. obligationum* fere in princ. vers. *placet. D. de oblig. & act.* Et hæc omnia vera sunt, idque fatentur veteres omnes, cum dicunt superficiem in alieno haberi: quo etiam superiores sententiæ pertinent. Sed cum superficiarius non sit dominus; perinde tamen eum tuetur prætor in superficie propter conventionem, ac si esset dominus: quod quoniam facere non potest directa actione in rem, quæ soli domino competit jure civili: *L. in rem*, in princ. *D. de rei vind.* §. *namque Inst. de act.* ideo tuetur eum utili actione in rem, quæ tamen eumdem effectum, eamdemque potestatem habeat, ut postea dicetur. Ita in summa non valet conventio & constitutio superficiei ipso jure: sed valet tuitione prætoris, ut & illa jura, quæ ab ipso constituta sunt in superficie, ut indicatur in *d. L.* 1. in pr. *D. quib. mod. us. amit.*

VII. Non addidi ad definitionem quidquam de pensione constituta domino soli, ut dicerem superficiarium esse, qui superficiem in alieno solo habet ita, ut certam pensionem præstet, ut fit in *L. id est. D. de rei vind.* propterea quod interdum & nulla pensione constituta superficies in alieno recte constituitur, ut fit cum superficies emitur; de quo postea in constitutione hujus juris: nihil etiam addidi de tempore, ut dicerem superficiarium esse, qui superficiem constitutam habet in perpetuum, aut longum tempus, ut feci in agro emphyteutico constituendo, quoniam interdum & ad tempus non longum constituta, nihilominus æque jure habetur, ut fit in eadem superficiei emptione. De quo rursum in constitutione hujus juris. Satis est igitur ad definitionem, quod supra posui, ut dicatur superficiarius esse, qui superficiem in alieno solo constitutam habet. Unde & jus superficiarium. Proinde ad jus superficiei deinceps hoc quærendum, quomodo ita constituatur & acquiratur superficies: seu quomodo fiat, ut quis superficiem ita constitutam habeat.

VIII. Constat vero hujus rei constitutio, ut cæterarum, persona constituentis; re, in qua superficies constituitur; constituendi modo, & habendi fine.

IX. Superficiem, ut jus emphyteuticum solus recte constituit soli dominus, quoniam & hic solus superficiei est dominus. *L. ult. de superfic.* Neque vero in hac specie minus, quam in cæteris, illud valet; neminem plus juris ad alium transferre, quam ipse habuit. *L. traditio*, *D. de acq. rer. dom. L. nemo plus*, *de reg. jur.*

X. Rem in qua superficies constituitur, constat natura rei esse solum. Non enim consistit ædificium, nisi in solo.

XI. Constituendæ superficiei ratio alia, quam agri emphyteuticarii. Hujus enim constitutio hoc commune habet cum locatione, ut non fiat ager emphyteuticus, nisi certa pensione in singulos annos constituta. *L.* 1. *D. si ag. vect.* §. *adeo*, *Inst. de loc. L.* 2. *C. de. jur. emphyt.* De superficie autem ita traditur in *L.* 1. §. 1. *D. de superfic.* ut & conductione constitui possit, & emptione.

XII. Conductione constituitur superficies, cum quis ædes jam ædificatas conducit [3] certa pensione constituta; sed ea lege, ut superficiem ipsam habeat; quæ conventio nisi nominatim adjicitur, non constituitur superficies conductione. Lo-

catio.

3) Quæ dicitur solarium, quod pro solo præstetur, Hotom. ad *L.* 18. §. 3. *de pign.*

catio namque non solet mutare proprietatem. *L. non solet*, *D. loc.* In jure autem superficiario proprietas mutatur, cum effectus dominii transferatur in superficiarium, ut jure superficiarii cognito intelligatur. Quare ad superficiem conductione constituendam amplius aliquid intervenire oportet, quam locationem & conductionem. Id autem est, ut nominatim conveniat, ut qui conducit, superficiem sibi habeat: quo scilicet efficiatur superficiarius is, quem diximus, idest, qui superficiem in alieno habet, ut est in *d. L.* 1. §. 1. *de superfic. d. L. idest*, *D. de rei vind.* Constituitur etiam superficies conductione, cum nuda adhuc area conducitur a domino certa pensione in singulos annos constituta, ea lege, ut conductori ibi ædificare liceat, & ædificatam superficiem habere. Cui constitutioni congruit definitio tradita in *L. ult. de superfic.* ubi dicuntur superficiariæ ædes, quæ in conducto solo positæ sunt. Non tamen statim his modis conductione constituitur superficies: sed ita, si aut simpliciter conducitur, vel ita ut in [4] perpetuum habeatur; aut conducitur quidem ad certum tempus, quod licet: sed conducitur ad non [5] modicum tempus. Nam aliter non placet conductori in rem actionem dari, idest, ei vere superficiem acquiri: etsi ei interim non denegatur interdictum de superficiebus retinendæ possessionis caussa. *d. L.* 1. §. *quod ait*, *de sup.* Supra in jure emphytautico dixi, non modicum accipiendum esse longum, ubi & quod intelligeretur longum, ostendi. Quæ eadem ad hunc locum transferenda sunt.

XIII. Emptione superficies constituitur, cum emitur in alieno solo superficies: quod ita fit, cum aut de ædibus in alieno jam positis convenit, ut quis in his superficiem habeat; aut vacua adhuc aliena area, convenit, ut qui superficiem habiturus est, ei in eo solo liceat ædificare: ac tum eam superficiem in alieno habeat, pretio videlicet ab initio semel in eam superficiem constituto.

XIV. Et in summa locatio superficiei ab emptione distinguitur mercede seu pensione, & pretio. Locatio est, si pro superficie constituitur pensio, idest, certæ pecuniæ præstatio divisim in singulos annos: quæ res propria est locationis & conductionis, in rebus præsertim immobilibus ad aliquot annos fruendis datis. *L. item*, §. *ult. L. ex conducto*, §. *Papinianus*, *L. si in lege*, §. *colonus*, *D. loc.* Emptio est, cum pro re quæ traditur, ab initio constituitur certum pretium, quod semel præstetur. §. *pretium*, *Inst. de empt. & vend.*

XV. Non temere est, quod ista in constitutione superficiei distinguimus. Non enim conductione eodem modo constituitur superficies, quo emptione. Hoc interest, quod ei, qui conduxit superficiem, non aliter datur in rem actio de superficie, quam si aut in perpetuum, aut in longum tempus conduxerit, ut supra diximus. Ei autem, qui superficiem amit, superficie tradita, statim actio in rem competit, etiam si emerit ad certum, & id modicum tempus. Sic est natura emptionis, ut si quid ex ea caussa venditor tradat suum, ejus dominium statim in emptorem transferat. *L. clavibus*, *D. de cont. empt.* Quod non item fit in locatione, quæ ut dixi, proprietatem mutare non solet. *d. L. non solet*, *D. loc.* Ideo ut quasi dominium transferatur ex ea caussa, placuit ad conductionem de vectigali prædio, aut superficiario habendo longitudinem temporis & possessionis accedere debere. Et vero in *L.* 1. §. *quod ait*, *de superfic.* soli ei, qui ad modicum tempus superficiem conduxit, denegatur in rem actio; non etiam ei qui emit; cum tamen Ulpianus in §. 1. de utroque locutus esset, & eo qui conduxit, & eo qui emit.

XVI. Utcumque est, illud manet etiam superficiem constitui emptione, id est, certo pretio semel dicto, nulla [6] pensione in singulos annos præstanda. Quod cum non uno loco traditum sit, sed pluribus, & his aperta scriptis: de eo dubitari non oportet: ut *d. L.* 1. §. 1. & §. *si soli*, *de superf. L. si ex lapicidinis. D. de jur. dot.*

XVII. Videntur tamen pleraque adversari. Primum interdictum de superficiebus; quod extat in *L* 1. in princ. *D. de superf.* proditum quidem de superficie: sed iis, qui ex *lege locationis*, *sive conductionis* ea fruuntur. Deinde definitio superficiarii tradita in *L. id est D. de rei vind.* ubi superficiarius definitur is, *qui in alieno solo superficiem ita habet*, ut *certam pensionem præstet*: definitio soli conductioni, nullo modo emptioni conve-

4) Minus autem frequenter in perpetuum, ne fere inutile sit solum, abscedente semper utilitate superficiei, & quia contractus ille propemodum emphyteuticus esset, A. Fab. 63. *Err. Pragm.* 9.

5) Cum DD. varient: Menoch. id judicis definitioni relinquit, *de Arb. C.* 81. *n.* 5. & Valasc. *supra d. Q.* 33. *n.* 7.

6) Posse constitui superficiem sine obligatione annuæ præstationis, Valasc. *d. Q.* 33. *n.* 3. Menoch. *Relin. poss Remed.* 4. *n.* 5. qui & *n.* 6. *& seq.* unde dignoscenda hic emptio a locatione.

veniens. Item definitio *L. ult. D. de superf.* ubi *superficiariæ ædes* dicuntur appellari, nominatim, *quæ in conducto solo positæ sunt.* Postremo exemplum prædii amphyteutici, quod non constituitur aliter, quam certa pensione constituta, quæ pro eo in singulos annos præstetur, *§. adeo, Inst. de loc. L. 1. D. si ag. vect. L. 2. C. de jur. emph.* Jus autem superficiarium emphyteutico & vectigali simile est. *L. tutor.* in fin. *D. de pignorat. act.* Et sana sunt omnia hæc ejusmodi, ut nisi claris locis admoneremur superficiem etiam emptione constitui posse, nulla pensione annua constituta, qua præstetur: non aliud dici potuarit, quam hic quoque jus superficiai non constitui nisi locatione: certe non aliter, quam ut qui haberet superficiem, is certam pensionem quotannis pro ea præstaret. Nunc cum constet etiam superficiem emi posse: tanto diligentius notandi sunt ii loci, quibus id traditur; partim ne specie superiorum decepti id negemus; partim ut tam certis locis moniti videamus potius, quomodo superiora, quæ refragari videntur, recte interpretemur, ne discrepent, quam ut ea contraria putamus. Et sunt superiora illa omnia ita scripta, ut etiam emptionem in constituenda superficie admittant.

XVIII. Quod ergo interdictum de superficiebus scriptum est de iis, qui superficie fruuntur ex *lege locationis sive conductionis*; sciamus de locatione & conductione exempli caussa dictum esse: ut nihilominus pertineret ad omnes, qui quavis alia ex caussa superficiem habent. Hoc quidem sic interpretatur Ulpianus in *L. 1. §. 1. de superfic.* qui quod interdicto summum tribuebatur ei, qui superficiem haberet, puta in rem actio: id pariter tribuit & ei, qui conduxit, & ei qui emit. Neque id sine exemplo, ut quis reprehendat: sed muram & sententiam secutus omnium constitutionum, ac definitionum juris, quæ ita scribi solent, ut quod in una specie alicujus dicitur, id intelligatur exempli loco dici: cæterum ad omnes ejusdem generis species pertinere. *L. pen. §. ult. D. de jur. & fact. ignor. L. 1. §. quod vulgo, D. unde vi.* Quod quidem maxime servatur in interdictis. Exemplo sit interdictum uti possidetis, huic de superficiebus simillimum, cum hoc illius exemplo proditum sit, ut est in *L. 1. §. proponitur, de superf.* interdictum uti possidetis scriptum est de iis, qui ædes possident: *L. 1. in pr. uti possid.* Nihilominus ita acceptum est, ut locum haberet in omnibus possessoribus soli, sive possiderentur ædes, sive fundus. *d. L. 1. §. 1. §. pen. uti possid.* Definitionem *L. id est, D. de rei vind.* observemus non ad omnem superficiarium pertinere, sed ad eum tantum, qui conduxit. Etsi enim in L. præcedente proponitur generaliter de superficiario, ad quem accommodatur definitio sequens: tamen contrahitur significatio ex fragmento sequenti, id est, *L. prætor*, cum illic dicitur, prætorem caussa cognita isti superficiario, de quo propositum erat, in rem actionem polliceri: Cui superficiario prætor pollicetur hanc actionem cum hac adjectione, *caussa cognita*, is est solum qui conduxit, non etiam qui emit, cum ex causa emptionis statim res transferatur, ut supra dixi. Idque & verba interdicti indicant, & Ulpianus docet in *d. L. 1. §. quod ait, de superfic.* Secundum hæc, definitionem *L. ult. de superfic.* sic accipiemus, non ut definiantur superficiariæ ædes, sed vice versa ædes positæ in conducto solo: & ita resolvatur oratio, quasi scriptum esset, ædes in conducto solo positæ sunt eæ, quas superficiarias appellamus, aut arit definitio, quam vocant, exempli, ubi res exemplo unius speciei declaratur. Quo constituto non movebimur exemplo prædii emphyteuticarii, quod nisi, certa pensione posita, non constituitur: sed intelligemus in hac re differre superficiem a fundo emphyteutico. Et merito: quia si prædium ipsum ematur, non autem fruendum detur, certa pensione constituta: tum non jus emphytauticum transferatur in emptorem, sed dominium, quod ex caussa emptionis transferri solet. *d. L. clavibus, D. de contrah. empt.* Hoc periculum non metuitur in superficia empta, ubi nominatim superficies in alieno solo emitur.

XIX. Si emptione constitui superficies potest; poterit & 7 donatione, cum quis alteri donare se dicit in suo solo superficiem. Ut enim emptione, sic donatione voluntate domini ras transfertur. *§. si quis a non domino, §. per traditionem, Inst. de*

7) Videtur ad hanc rem esse textus *in L. 1. §. 7. hoc. l.* quem ad hoc profert Hortens. *in L. 13. §. 3. de pignor.* Sed illa §. loquitur de legato & donatione, quæ fit alii a superficiario, ut recte A. Fab. 64. *Err. Pragm.* 5. minus tamen recte delens verbum *possit* in *d. §. 7.* veluti irreptitium, quia, inquit, non ideo traditio recepta videri potest ut legatum aut donatio consistat, cum nec illud, nec hoc, quæ aut ad instar legati capitur, aut stipulatione perficitur, traditionem exigat. Immo, inquam ego, utrobique exigitur. Nam & in legato traditio necessaria, saltem ut possessio accipiatur, & donatio, stipulatione perfecta, ni traditio subsequi possit, inanis erit, effectuque carebit.

de rer. divis. Et si potest donatiune inter vivos; poterit multo msgia testamento, si quis se legare dicat alicui superficiem in solo suo.

XX. His mudis cunstituitur superficies citra cuntroversism, ut quidem debeatur ei, cui constituitur: sed nou statim transfertur, ut superficiarius futurus eam habeat. Sic trausfertur ex his caussia inter vivus, si etiam trsditiu accesserit, idest, si superficiario traditæ sint ædes superficiei acquirendæ caussa; aut si cum ipse ædificasset; dominus soli passus sit eum bac mente ædes pussidere: quibus modis res traditione transferri solent. *L. qua ratione*, *§. hæ quoque*, *§. interdum*, *D. de acq. rer. dom.* Ut dominia nou acquiruntur, uisi traditiunibus: *L. traditionibus*, *C. de pact.* sic nec ea, quæ dumiuii iustar & vim ubtinent, ut jus emphyteuticum, de quo proxime dictum est, & superficies. Argumento erunt servitutes, quæ cum multum distent a dominu: quia tamen jus habent in re & rei cohærens, cujus juris quia interdum duminium habere dicitur: non aliter hæ trausferuntur, quam si traditæ sint, aut id intervenerit, quud sit vice traditiunis; puta usus ejus, cui servitus debetur, & dumini patieutia. *L. quoties*, *ult. D. de servit. L.* 1. in fin. *D. de servit. rust. præd.*

XXI. Sed hæc, inqusm, its: si trausferatur superficies consensu. Testamentu legata, si quidem gratis, statim trausfertur ad legatarium; nam & dominium ipsum legatum transferretur; *L. a Titio*, in fin. *D. de furt.* siu certa pensione constituta, quam legatarius præstaret: tum acquiretur superficies, cum conditio legatariu placuerit, ut dixi in agro vectigali, qui testamento legatus sit. Nam cum, legato admisso, obligetur legatarius ad pensiunem præstandam: invitum ei ubligsri iniquum est. *arg. in L. qui in aliena*, in pr. *D. de acq. her.*

XXII. Finis constituendæ superficiei hie est, ut habeatur ipsa, & sola. Quod eo pertinet, ut si conducitur conducatur nominatim hac lege, ut superficisrius eam hsbeat pro sua: si autem emitur, ut nominstim ematur sola in solo alienu venditoris. Nam ubi superficies simpliciter conducitur, nihil uisi lucatio est; ex qua jus in rcm non transfertur, ut supra dixi. *d. L. non solet*, *D. loc.* Si res emitur simpliciter, id agitur, ut si venditor duminua est, duminium trausferatur. *d. L. clavibus*, *D. de contrah. empt. L. ex empto*, in princ. *D. de act. empt.* Quod & posterius pugnat cum jure Superficiei, quæ ita est iu alienu solo, ut sit & ipsa ejus, qui est dominus soli.

CAP. XVII.

Superficiarium jus quale: idest, quid superficiario det, quid domino soli adimat.

Nexus, *& ordo* I.
Superficiarius, *quasi alter dominus easdem obtinet in superficie dominii partes*, *& remedia dominis prodita* II.
Dominii partium, *& finitimarum his actionum & remediorum in superficiarii persona brevis & ordine facta enumeratio.* III. IV. V. VI.
Alienandi jure, *quo fruitur superficiarius*, *quot alienationis secundaria genera contineantur.* VI.
In alienatione superficiei cur domini consensus non requiratur. VII.
Contrariis occurritur. VIII.
Unica præstatio superficiarii; *& quæ illa*; *& an remittatur interdum.* IX.
Superficiei proprietas est solius domini, *tria hujus proprietatis emolumenta*, *& quæ sint.* X.

I. SUperficie ita recte constituta & quæsita, de jure ejus videndum est, quale sit, & quid superficiariu det, quid dominu adimat. Jus propemodum emphyteutico per umnia simile. Et in summa ut emphyteuticarius iu agro vectigali: sic superficiarius in superficie jus dumini obtiuet. Id eædem illæ partes dominii huic tributæ indicabuut.

II. Superficiarius tenendæ, pussidendæ, persequendæque superficiei jus habet solus, nuu aliter quam dominus in re sua. Quam sd rem & remedia illi eadem proposita.

III. Possidenti sdversus omnes vindicautes exceptio est. *L.* 1. *§. is autem*, *de superfic.* Quod si alius sive superficiarius, sive dominus, sive alius quivis pos-

ses-

sessionis faciet controversiam, datur possidenti [1] interdictum de superficiebus retinendæ possessionis caussa, eodem modo quo iis qui pro dominis possident, datur interdictum Uti possidetis. *L.* 1. in princ. §. *proponitur*, *de superfic.* idest ei, qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario superficie fruitur. Ideo, inquit Ulpianus, non exigit prætor ab eo, quam caussam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi, clam, precario ab adversario possideat. *d. L.* 1. §. *proponitur.* Exigit quidem prætor, ut dicat actor se superficiem habere, & se ut superficiarium possidere; quia interdictum non datur nisi de superficie, quam quis habeat: sed non exigit, ut dicat, qua ex caussa superficiem habeat, justa, an injusta. Sive enim juste possideat, sive injuste, idest, vi, clam, aut precario: hoc ipso superior est, quod possidet, dum non possideat vi, clam, aut precario ab adversario. Nam & ita fieret in interdicto uti possidetis. *L.* 2. *L.* 3. in pr. *uti possid.* Possessione autem superficiei amissa, etiam ultro superficiario in rem actio datur rei persequendæ caussa, idque adversus omnes possessores, & quidam adversus [2] dominum ipsum soli: *L.* 1. §. 1. §. *quod ait*, §. *is autem D. de superfic.* tametsi dominus superficiario propriis actionibus in personam tenetur; ex conducto quidem, si superficiarius conduxit: ex empto autem, si emit: ad hoc, ut si dominus superficiarium prohibet suo jure uti, id quod interest præstet: sin prohibeatur superficiarius ab alio, cedat dominus ei actiones suas. *d. L.* 1. §. 1. Sed & superficie vendita [3] evicta, actio est adversus dominum ob evictionem *d. L.* 1. §. *si soli.* Sed utilius est possidere, quam in personam agere. *L. plus cautionis*, *D. de reg. jur.* Idcirco utilius visum, superficiario in rem actionem pollicari; quæ & possessorem sequitur, & possessionem avocat. Quæ Ulpiani ratio est, cur sit hic actio in rem proposita. Non est hæc actio directa, quia superficiarius dominus non est: *d. L. ult. de superf.* jure autem civili ita sunt proditæ in rem actiones, si quis dominium suum vindicet. §. *namque Inst. de act. L. in rem*, *D. de rei vind.* Sed datur utilis, [4] ex edicto prætoris, tanquam alteri domino. *L. tutor*, in fin. *D. de pign. act.* Ex quo est, quod hæc actio dicitur ab Ulpiano *quasi in rem actio.* d. *L.* 1. §. 1. in fin. *Quasi in rem* valat *utilis.* Sic hypothecario dicitur quasi Serviana. §. *item Serviana*, *Inst. de act.* quæ ideo alibi dicitur utilis Serviana. *L.* 1. §. *cum prædium*, *D. de pignor.*

IV. Superficiario ut rei habendæ: ita & incolumis habendæ jus est, eamque incolumitatem illa adversus incurrentia incommoda iisdem remediis tueri potest, quibus dominus rem suam. Nam si quod opus novum instituatur, quod superficiario nociturum sit, potest nuntiare novum opus. *L.* 3. §. *penult. D. de op. nov. nunt.* Si a vicinis ædibus aut opera facto damnum metuit, utiliter stipulatur damni infecti. *L. qui bona*, §. *superficiarium*, *D. de damn. inf.*

V. Et utendi fruendique jus maxime superficiarii est: nec alio spectat habere superficiem, quam ut superficie uti frui liceat. Denique superficiarius usum & usumfructum in superficie aliis constituere potest, ut paulo post dicetur. *L.* 1. §. *penult. de superfic.* Habuit prius igitur. Non enim potuit transferre, quod non haberet. *L. traditio*, *D. de acquir. rer. dom. L. nemo plus*, *D. de regul. juris.* Quapropter etsi quis eum superficie uti prohibeat, hoc jus tueri potest, & interdicto Uti possidetis, & actione negatoria, & in–

1) De quo Menoch. *Retin poss. Rem.* 4. ubi n. 35. illud tantum dari putat, ei qui ad non longum tempus conduxit, quod refellit A. Fab. 64. *Err. Pragm.* 8.

2) Sed puto contra dominum esse aliam actionem, quæ dicitur in superficiem, in *L.* 1. §. 6. *h. t.* Atque eam puto significari quoque in §. 1. *in fin.* ubi *quasi in rem actio*, contra dominum scilicet non utilis, quæ contra extraneos, sed in superficiem. Qua ratione defendi potest recepta & Florentina lectio *d.* §. 6. contra cavillationes & emendationes A. Fabri 64. *Err. Pragm.* 4. pro *petitori in superficiem* substituentis *pignori & superficiem*, quia sic omnia belle conveniant, & alias sensus loci nullus Nam immo nulla ibi insulsa repetitio actionis de superficie dandæ, sed ex eo, quod dixerat Ulpianus in ipsam rem actionem dari, Infert multo facilius dari in superficiem, si actione utili superficiarius non ipsam rem, sed superficiem persequi velit. Quis enim dubitet si in actione id exprimat in superficiem petere, non inepte ideo acturum, etsi forte contra extraneum. Quia nimirum etsi non magis superficiei dominus sit, quam soli, vel ædificii integri solo & superficie constantis: negari tamen nequit plus juris ipsi esse in superficie, quippe sibi constituta, quam vel in solo, vel toto ædificio, cujus partes sunt superficies & area. Atque sic sequentia belle conveniunt. Quia enim habet actionem in superficiem, inde fit ut quasi usumfructum ejus constituere possit. Ita puto.

3) Quam §. 5. A Fab. 64. *Err. Pragm.* 6. accipit quando quis integrum ædificium emit, & passus deinde controversiam ab eo, cui antea superficies in eo constituta, quod tum emptori contra auctorem, ut actio de evictione ex æquitate, tanquam cui utilitas partis rei, id est superficiei, abiit.

4) Non directa, nec civilis utilis, ut in emphyteusi, vid. not. *supra C.* 14. *N.* 2. sed prætoria, per *L.* 75. *de R. V.* Unde non competere dicitur sicut illa, sed dari *L.* 16. §. *ult. de pignorat. act. L.* 2. §. 3. *h. t.* quia jus civile nec ex contractu temporario, vel dominium acquiri, vel rem in bonis neri patitur; nec dominium superficiei separari a solo, *L.* 26. *de Usuc.* Et faciunt *d.* §. *ult.* verba: hodie utiles actiones dantur, quæ significant posteriores tantum de hoc providisse, ita A. Fab. 63. *Err. Pragm.* 9. Sed clariores hanc in rem textus, quos Faber non adducit, *L.* 3. §. 3. *de op. nov. nunciat. L.* 3. §. 7. *ibi* superficiarii actionibus e prætore utuntur, *Uti possid.*

& injuriarum; quæ sunt remedia prodita adversus eos, qui nos rebus nostris uti prohibent. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si serv. vindic.* *L.* 3. §. 1. *D. uti possid.* *L. qui pendentem*, *D. de act. empt.*

VI. Postremo & alienandi jus superficiarii est non minus, quam domini. Quæ res quantum sit jus superficiarii, magis ostendit. Declarat enim eum non tantum sibi habere ædes superficiarias, sed etiam omnibus successoribus: ut ad quoscumque sint translatæ, non possit dominus eas auferre. Non tantum ergo superficies ad heredes transit: sed & donare eam & legare potest. *L.* 1. §. *penult. de superf.* proinde & vendere multo magis. Cui consequens est, quod ibidem Ulpianus subjicit, ut si superficies duobus sit communis, possit unus adversus alterum agere utili judicio communi dividundo. Quippe hæc provocatio genus quoddam est alienationis; cum ex hoc judicio possit judex, & si superficies dividi commode non potest, debeat uni rem adjudicare: §. *eadem*, *Institut. de offic. jud.* adjudicatio autem dominium transfert in eum, cui adjudicata est. §. *ult. Inst. eod.* Quod si superficiem totam superficiarius transferre ad alios potest: multo magis superficie retenta, poterit jus suum in ea minuere, & alterius augere, id est, servitutem imponere, ut loquitur Ulpianus in *L. de pupillo*, §. *& belle*, *D. de oper. nov. nunt.* Ergo ut idem scribit in *d. L.* 1. §. *penult.* & §. *ultim. de superf.* & [5] usumfructum sive usum constituere in superficie poterit, & servitutes prædiorum, veluti tigni aut stillicidii in ædes immittendi, ut hæc non minus valeant, quam si a domino essent constituta. Sane, inquit, ipso jure non valebunt, id est, jure civili: quoniam hoc jure usumfructum solus constituit proprietarius, qui usumfructum a proprietate, aut proprietatem ab usufructu separat: §. 1. *Inst. de usufruct.* Et servitutes prædiorum solus, qui prædii dominus est: *L.* 1. *D. comm. præd.* Superficiarius autem superficiei dominus non est: *L. ult. de superf.* Sed constituentur, inquit, servitutes [6] prætorio jure, petenturque utilibus actionibus, scilicet ut quemadmodum superficiarius actionem de superficie habet in rem jure prætorio, utilem tamen: sic & eodem jure defendantur servitutes ab eo constitutæ iisdem actionibus. Unde alibi ab eodem servitutes in vectigali fundo vel superficie constitutæ, dicuntur non jure constitutæ, sed tuitione prætoris. *d. L.* 1. *in pr. D. quib. mod. us. amit.*

VII. In hac alienatione quæritur, an superficiarius cum alienare superficiem vult, debeat venditurus alii, dominum soli admonitum, & eodem pretio emere volentem extraneo præferre: aut domino ab hac emptione vel sua voluntate, vel mora duorum mensium excluso, debeat ab eo impetrare, ut novum superficiarium inducat in possessionem superficiariarum ædium, & illo inducente pro opera quinquagesimam solvere, ut exigitur ab emphyteuta volente fundum emphyteuticum ad alios transferre. *L. ult. C. de jur. emphyt.* Puto in superficie nihil horum [7] a superficiario exigendum. Generaliter hoc illi & sine exceptione tribuitur, uti possit superficiem ad alios transferre, in dicta *L.* 1. §. *penult. de superf.* Generaliter igitur, & sine exceptione accipiendum ut possit: nec quærendum, quis consentiat, aut non consentiat, ut est recepta interpretatio omnium legum generaliter conceptarum. *L.* 9. §. *animadvertendum*, *D. quod met. causs.* *L. item veniunt*, §. *petitam*, in fin. *D. de hered. pet.* Nec ullus locus est, qui in superficiei alienatione hunc consensum domini requirat.

VIII. Non me movet, quod hic consensus in fundi emphyteutici alienatione exigitur constitutione Justiniani *d. L. ult. C. de jur. emphyt.* Hoc enim jus ad superficiarium transferri non oportet. Primum non eadem caussa est superficiarii, quæ emphyteutæ. Plus enim juris habet emphyteuta, qui etiam in solo ipso quasi dominium obtinet: ut non sit iniquum plus etiam ab eo exigi. Scimus autem, si quid lege aliqua constitutum ad alias species transferendum est, ad similes transferendum esse, & in quibus eadem ratio sit, non aliter. *L. non possunt*, *D. de legib.* *L. illud*, *D. ad legem Aquil.* Deinde ut esset in utroque par caussa & ratio: tamen animadverti debet, quod constitutum est de consensu domini in alienatione agri

5) Jus enim ejus plenius quam fructuarii, cum & civiliter possideat, per *L.* 16. §. 1. *Qui satisd. cog.* Cujac. *ad L.* 49. *de V. S.* Recte autem & sic *d.* §. accipit A. Fab. 64. *Err. Pragm.* 5. contra Accursium ita interpretantem, superficiarium habere quasi usumfructum vel usum illius prædii, in quo habet superficiem, quia series contextus renuit.

6) Vid. A. Fab. 64. *Err. Pragm.* 6. Male autem vulgo hoc probant, ex *L.* 8. *de servit.* ut & Duar. *ibid.* cujus alius sensus, vid. lo. superior. ib. *n.* 2.

7) Diss. in casu quo sub lege annuæ pensionis præstandæ conducta superficies, Bart. *in L.* 1. §. *quia autem* 6. *hoc. tit.* & alii relati a Menoch. *de Arb. Ca.* 81. *n.* 8. & Valascus *Jur. Emph. Quæst.* 33. *n.* 12. quos refellit A. Fab. 64. *Error. Pragm.* 7.

gri emphyteutici expectando, constitutum esse utilitatis quidem caussa ad jus dominorum magis confirmandum, attamen contra rationem juris communis. Nam hoc jure licet unicuique de re sua statuere, ut vult. *L. in re mandata*, *C. mand.* Emphyteutam autem agri emphyteutici quasi alterum dominum esse placet. Quin etiam jus olim ita fuit ante constitutionem Justiniani, ut nulla necessitate emphyteutæ imposita consensum domini expectandi, libera ei esset fundi emphyteutici alienatio. §. *adeo*, *Institut. de loc. L.* 1. *D. si ag. vect. L. si domus*, §. *ult. D. de legat.* 1. Porro quod contra rationem juris communis receptum est, non est producendum ad consequentias. *L. quod vero*, *D. de legib.*

IX. Atque hoc superficiarii jus est in superficie, omnia prope jura dominii in se continens, uti & emphyteuticum. Onus quod sit videamus. Et animadverto unam esse pensionem, quam superficiarius superficie conducta domino præstare debeat ex lege locationis. Nam publicarum functionum apochæ ut præstentur; ut expectetur domini consensus in alienatione rei; ut pro consensu præstetur quinquagesima, omnia sunt ejusmodi, quæ ab emphyteuta quidem exigantur Justiniani constitutionibus. *L.* 2. *L. ult. C. de jur. emphyt.* Sed jam dixi nihil satis esse caussæ, cur eadem a superficiario exigantur, præter quam quod aliis legibus omnibus & constitutionibus exigi videmus. Sed & pensionem non debet superficiarius, non tantum si sublata erit superficies, sed etiam si ei per vim alienam aut alios casus frui superficie non licebit. Tum enim ex generali lege conductionis ei, cui frui non licet, pro eo tempore pensio remittitur. *L. ex conducto*, §. *Papinianus*, *D. locat.* Quod si superficies empta erit, ut emptione constitui posse supra diximus: nihil plane obstat superficiario, quominus in superficie, quamdiu perseverat, per omnia domini loco habeatur. Quæ omnia ostendunt, quantum de jure domini, a quo est superficies, detrahatur.

X. Etsi autem hæc jura sunt superficiarii: tamen illud tenendum est, quod jam aliquoties dixi, ipsum dominum non esse: sed ut superficies habetur in alieno solo, ita eum superficiei dominum esse, qui & soli, quia solo superficies cedat. *L. ult. de superf.* §. *cum in suo*, *Institut. de rer. divis.* Sed cui bono hæc proprietas, quæret aliquis, ubi omnia prope commoda dominii fateamur esse penes superficiarium? Non est vero hæc proprietas inutilis. Ejus commoda sunt hæc tria. Primum dominus etiam manente superficie actionem habet in rem de superficie ipsa adversus omnes possessores excepto superficiario: *L.* 1. §. *is autem*, *de superfic.* Deinde pensionem accipit quotannis pro superficie, ubi superficies conducta est: Habetque hæc pensio certam agnitionem superioris domini, ac sine ea periculose constituitur alii superficies in alieno solo. Sic enim facile futurum sit procedente tempore, ut superficiarius existimetur vere esse dominus ipsarum ædium, id est, non tantum superficiei, sed etiam soli. Ideo qui sibi recte cavere volunt in superficiebus alii in suo constituendis, curant ne aliter constituant, quam in conducto solo, & certa pensione constituta. Et hic fere mos est receptus constituendæ superficiei, dum scilicet homines in hac constitutione id periculum vitant, quod dixi. Ad quem morem respicientes veteres non male fortasse quis dixerit, & interdictum de superficiebus, & definitiones superiores superficiarii de eo, qui superficiem certa pensione in alieno conductam haberet, concepisse. Recte enim defendetur hoc illos fecisse, non quia superficies in alieno constitui non posset & emptione, & gratis; sed quia nunquam fere aliter constitui soleat, quam conductione. Dicere autem solemus, jura aptari debere ad ea, quæ ut plurimum accidunt; non ad ea quæ raro. *L.* 3. & tribus seqq. *D. de legib.* Postremum commodum & maximum proprietatis dominicæ in eo est, quod cum pluribus modis amittatur superficies, omnibus his evenit, ut superficies ad proprietarium redeat; ut fit in usufructu finito. §. *ult. Inst. de usufr.*

CAP.

CAP. XVIII.

Superficiarium jus quibus modis amittatur.

Jus superficiarium, uti emphyteuticum, finitur & ipsum suis modis. I.

1. *Jure domini ex conditione soluto. Quod quale sit, & alibi.* II.
2. *Tempore, & quomodo, & quid præcipuum hic habeat superficiei dominus.* III.
3. *Rei mutatione: & quidem ædibus ruina devastatis, aut incendio absumtis; & quare.* IV.

Absumtas ædes si iterum ædificarit: an jus superficiei amissum iterum sibi vindicet superficiarius. V.

Quid si absumta superficie, solum ab initio conduxerit, in quo superficiem haberet. VI.

Obviam itur contrariis; & Bartoli sententia refutatur. VII. VIII.

4. *Culpa superficiarii; & quatenus.* IX.

Etiam si superficiarius in solvenda pensione triennii moram non fecerit. Et cur aliud juris in emphyteusi. X.

Erit in culpa superficiarius ut possit expelli, si & adversus partium conventiones & pacta fecerit. XI.

Finita superficies ad quem redeat. XII.

I. UT res cæteræ suis modis quæsitæ; sic & superficiarium jus suis item modis finitum amittitur. Finitur autem iisdem prope modis, quo jus emphyteuticum, nisi quod in superficie accedit mutatio rei, & culpa superficiarii, quibus rebus aliter superficies; aliter emphyteuticum jus amittitur. Eo & separatim de his in hoc jure dicendum est. Finitur ergo jus superficiarium aut jure domini soli soluto; aut tempore & lege constitutionis; aut rei mutatione; aut superficiarii culpa.

II. Jure domini soluto, si is superficiem constituit in suo solo, qui ad tempus aut conditionem soli dominus erat; ac deinde exsistente conditione dominus esse desiit, quod quale sit, exposui in jure emphyteutico. *Arg. in L. lex vectigali, D. de pign. L. Et post. §. 1. D. fam. erc.*

III. Tempore: si ad certum tempus, ut fit, superficies conducta, vel empta, vel alio modo constituta sit. Certa enim lex hoc modo dicitur superficiei habendæ. Ultra, aut contra hanc legem audiri non debet, qui frui desiderat, ut est in *L. 1. in fin. D. de loc. publ. fru.* Sed & hoc in superficie præcipue obtinet. Nam post tempus dominus jure soli recte superficiem sibi vindicabit, utpote quæ non conventione, sed jure ipso cedat solo; atque adeo quæ domino soli jam ab initio sit quæsita. *L. ult. L. 1. §. is autem, D. de superf.* Cui vindicanti si superficiarius opponet exceptionem superficiei sibi constitutæ: jure hæc exceptio pacti conventi aut doli mali replicatione removebitur. Dolo enim facit superficiarius, qui superficiem contra conventionem retinere contendat. *L. 2. §. item quæritur, §. & generaliter, D. de dol. mal. exc. L. obligationum fere, D. de obl. & act.*

IV. Rei mutatione amittitur superficies, sublato ædificio, vel quia ædes corruerunt, vel quia incendio sunt absumptæ. Hoc modo perit ususfructus ædium, quod & ipsum jus est in ædibus alienis. *L. repeti, §. rei, D. quib. mod. usufr. amit.* Pereat eodem modo oportet & jus superficiarium, quod consistit tantum in superficie. Vel brevius dicamus & certius de jure superficiario id, quod de usufructu scriptum est in *L. 2. D. de usufr.* jus superficiarium esse jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est. Sed argumentum hujus sententiæ non obscurum videre est in *L. inter. 39. §. damni, D. de damn. inf.* ubi traditur, si solo, in quo erat superficiaria insula, ita damnum datum fuerit, ut superficies tolleretur; evenire, ut fraudetur dominus soli in pensione percipienda. Non fraudatur dominus soli in hac perceptione, nisi quia superficie sublata, non jam amplius pensionem superficiarius debet: nec vero desinit debere nisi quia solutum est jus superficiarium, cujus nomine pensio debita præstabatur.

V. Itaque nec si dominus iterum ædificarit in eodem solo, ideo restituetur jus amissum superficiario: ut nec sublatis fructuariis ædibus, ac postea a domino restitutis redintegratur ususfructus. *L. quid tamen, §. 1. D. quib. mod. usuf. amit.* Et sane superficiem restitutam si superficia-

ciarius vindicat, necesse est aut jure soli vindicet; aut jure superficiei. Non potest jure soli, quoniam constat solum semper alienum fuisse, etiam si prior superficies maneret: *d. L.* 1. §. 1. *L. ult. de super. L. id est. D. de rei vin.* Non superficiei jure, quia priorem quidem superficiem superficiarius sibi habuit: et hæc quæ restituta est, alia est superficies, non vetus.

VI. Quid tamen, si non conduxit superficiem, sed solum ipsum, ut in eo ædificaret, & superficiem haberet ac deinde superficies incendio absumpta sit? an non videtur ei permittendum iterum ædificare, si desideret, & superficiem habere juxta conventionem? Non puto. Habuit enim superficiem constitutam sub conditione, si ædificaret: cui conditioni paruit primum ædificando: Conditione semel expleta amplius ei parere non potest. *L.* 8. in princ. *D. de manum. test.* Sed & conventio de superficie ædificanda & habenda, de proxima superficie intelligenda est: alioqui conventio incerta sit inutilis. *Arg. in L. eum qui Calendis*, in princ. *D. de verbor. oblig.* Nisi si quis dicat id actum esse, ut omnes superficies, quæ quandoque in eo solo & ædificatæ, & collapsæ restitutæ erunt, cederent superficiariæ. Quod non est verisimile; ne inutilia fiat proprietas semper abscedente superficie: qua ratione placuit multis modis finiri usumfructum, quibus alioqui res cæteras non finiri constat, §. *ne tamen*, & §. *finitur*, *Inst. de usufr.* Idem dicemus multo magis, si quis conduxit solum, ut superficiem, quæ tum erat, haberet. Sic enim & dominus una superficiem suam se locare dicit, & superficiarius se hanc conducere: quæ oratio aperte ad præsentem superficiem refertur, non ad futuram. *Arg. in L. si ita.* 7. *D. de aur. & arg. leg.*

VII. Non obstat, quod in his omnibus solum conducitur: sublata autem superficie nihilominus solum manet. Non enim ideo manet soli conductio, ut per solum maneat etiam conductio superficiei novæ: conducitur enim solum, sed superficiei habendæ caussa. Unde fit, ut superficie sublata, tollatur etiam soli conductio, quæ propter superficiem contracta erat: ut necesse est sublata caussa tolli effectum. *L. quod dictum*, *D. de pact.*

VIII. Bartolus contra ad *L. ult. de superfic.* qui sublata priore superficie etiam conductionem soli manere putat, ac per hanc etiam durare superficiei novæ jus & conductionem, cum solum conductum est, ut superficies in eo haberetur. Movetur exemplo ususfructus omnium bonorum legati: Ex quo quia & ædium quæ sunt in bonis, & areæ ædium, quæ item est in bonis, ususfructus ab initio legatus est; ideo placet, non solum ædibus stantibus, ædium usumfructum deberi; sed etiam, his sublatis, usumfructum areæ manere. *L. quoties*, §. *ult. D. de usufr.* Quod exemplum nullo modo congruit. Manet enim ususfructus areæ, etiam sublatis ædibus, quia semel legatus, in omne tempus legatus intelligitur, quandiu fructuarius eodem statu vivet, ut est natura ususfructus: Solo autem ita conducto, ut illic habeatur superficies, jam dixi solum videri conductum in id tempus quo prima superficies habebitur: hac dissoluta cessare conductionem. Adde, quod ususfructus soli, jus habet in ipso solo, ac propterea solum semper sequitur. Conductio autem soli, jus domini non mutat: *L. non solet*, *D. loc.* eoque nec facit, ut si quid ei solo imponitur, sequatur conductorem, si nihil aliud nominatim convenerit.

IX. Culpa superficiarii jus superficiarium amittitur desiderante domino, si pensione constituta, quod fit, conducta superficie, pensio suo tempore non præstetur. Hæc lex est conductionis ædium, vel fundi, ut si finito anno, pensio non solvitur, statim conductor a domino expelli possit, necdum etiam impleto tempore conductionis. *L.* 3. *C. loc.* Usque adeo, ut quanvis inter locatorem fundi & conductorem convenerit, ne intra tempora locationis conductor invitus expelleretur, & si pulsus esset, pœnam a locatore sit stipulatus: tamen placeat nihilominus impune expelli posse, si pensionibus non satisfecerit. *L. quæro*, §. *inter*, *D. loc.* Servatur hæc lex etiam adversus publicanos, id est, eos, qui publica conduxerunt. *L. vectigalia*, §. 1. *D. de publican.* Multo ergo magis servanda adversus superficiarios in re privata, quoniam plus tribuitur publicanis publicorum vectigalium caussa. Arg. *L.* 1. *D. de loc. publ. fru.*

X. Quid ergo? non requiremus, ut per totum triennium superficiarius pensionem non solverit, prius quam possit ejici? Nam hoc in emphyteuta ut possit a domino expelli, prius exigitur constitutione Justiniani. *L.* 2. *C. de jur. emphyt.* Non requiremus: horum enim contractuum dissimilis natura aliud atque aliud jus in hac re exigit. Contractum emphyteuticum non solum placet propriam naturam & definitionem habere; sed etiam nominatim ab emptio-

emptionis & conductionis similitudine separatam. *L.* 1. *C. de jur. emphyt.* Quare quod placet emphytautam non ante posse expelli, quam per triennium totum pensionem solverit: sit hoc ex illa definitione & natura, quam propriam hujus contractus esse volumus, ideo nec transferamus ad conductionem superficiei, cum videamus nominatim a locatione & conductione separari. At in superficie, quæ, certa pensione constituta, habetur, vere locatio & conductio est: *L.* 1. *in princ.* & §. 1. *de superf.* quamobrem & naturam locationis hac quoque parte retinebit; cum constet nihil in superficiario hac parte mutatum esse specialiter illis constitutionibus.

XI. Præter pensionem cum dixerimus superficiarium nihil domino præstare debere; fit, ut nulla in alia re culpa admitti possit a superficiario, cur jure suo cedat, & a domino ejiciatur. Conventio semper excipiende est. Quidquid enim convenerit, ut superficiarius præstaret, conventio servanda est; & generale illud tenendum; contractus ex conventione legem accipere. *L.* 1. §. *si convenit*, *D. depos. L. contractus*, *D. de reg. jur.* Idcirco & hoc non præstito, eadem culpa ac propter culpam eadem pœna est. Et certe quidquid præstandum est a superficiario, si pensio non est, pro pensione aut pretio cedit. Hoc enim ipso vilius superficies aut conducta aut empta est. *L. fundi* 78. *D. de contrah. empt.*

XII. Superficiei finitæ exitus idem, qui finiti usufructus, nempe ad dominum soli redit, §. *ult. Inst. de usufr.* Et hoc maxime jus est in superficie, cum superficies alii cedere non possit, quam solo, ut initio diximus, §. *cum in suo*, *Instit. de rer. divis. L. ult. de superf.*

CAP. XIX.

Bonæ fidei possessoris jura in re aliena.

Jura possessoris bonæ fidei tria. I.

1. *Jus possidendi*; & *quæ possessionis habendæ caussa institutæ sunt actiones & quæ illæ.* II.
2. *Jus, seu conditio usucapiendi. Quale hoc sit*, & *quo loco de isto jure tractetur ab auctore.* III.
3. *Fructus percipiendo faciendi suos. Quo in loco de hoc jure auctor disseruerit.* IV.

Jura bonæ fidei possessoris domino uti volenti jure suo non nocent integris rebus, & *quare*; & *quatenus.* V.

I. ET bonæ fidei possessori sua jura sunt in re aliena. Ea tria sunt, Possidendi, Usucapiendi, Fructus percipiendo suos faciendi.

II. Bonæ fidei possessor in re aliena, quam bona fide cœpit possidere, non possessionem tantum, sed quod diximus, possidendi jus obtinet. Id hanc significationem habet; ut non tantum dum vere possidebit, possit retinere possessionem, quod potest vel interdicto Uti possidetis, vel adversus vindicantem exceptione: *L.* 1. §. *est igitur. D. uti possid.* sed & amissa possessione, quam bona fide & justa ex caussa nactus erat, possit ultro rem persequi, ut possessionem recipiat. Ad eam rem actio illi in rem comparata, quæ dicitur Publiciana. Neque ei datur alio modo, quam si vere dominus esset re jam usucapta. §. *namque Inst. de act. L.* 1. & deinc. *D. de Publician.* Et quia in rem est, datur adversus omnes, qui eam tenent, possident, & habent restituendi facultatem, ut est natura actionum in rem. *L. actionum. D. de obl. & act. L. officium*, *L. qui restituere*, in fin. *D. de rei vind.* Unus dominus excipitur, cui non objicitur Publiciana. *L. pen.* & *L. ult. D. de Publician.*

III. Jus usucapiendi ita est, ut qui ex justa caussa, puta emptionis, donationis, rem a non domino sibi traditam bona fide acceperit, si eam constituto tempore possederit, possessione suam faciat, & uno verbo usucapiat. Quod jus describitur *Inst. de usucap.* in princ. Est autem a nobis expositum supra *Lib.* 5. in hoc genere acquisitionis.

IV. De fructibus ita jus est: bonæ fidei possessor fructus ex re aliena perceptos interim suos facit pro opera & cultura. *L. bonæ*, *D. de acq. rer. dom.* §. *si quis a non domino*, *Inst. de rer. divis.* Et de hoc jure in acquisitione rerum satis suo loco diximus ubi etiam diximus, quid esset bona fide possidere, quis bonæ fidei possessor, quos fructus, quomodo, & quamdiu suos faceret. Hæc *Lib.* 4. *Cap.* 24. 25. 26.

V.

V. Sed sciendum est ita esse hæc jura bonæ fidei possessorem, ut domino volenti non noceant rebus integris. Habet bonæ fidei possessor actionem in rem ad rem persequendam: sed habet & dominus, & eam, qua rem vindicare potest non tantum ab aliis injustis possessoribus; sed ab hoc ipso qui bona fide possidet: & quidem ita, ut quanvis ille emerit, & pretium solverit, possit tamen dominus ab eo rem suam petere, & auferre etiam non oblato pretio. *L.* 3. *C. de rei vind.* Neque hic quidquam proderit possessori exceptio ad rem retinendam: quasi cui actio Publiciana datur, multo magis ei competere debeat exceptio *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.* Jam enim dixi non esse Publicianam actionem adversus dominum. *d. L.* pen. & ult. *de Publician.* Bonæ fidei possessor usucapiendi jus habet. Sed potest dominus interrumpere usucapionem, id est, efficere, ne perficiatur cœpta usucapio, aut ne impleta noceat. Licet enim ei, ut dixi, vindicare rem a possessore. Lite contestata interpellatur usucapio civiliter, ut quanvis summo jure impleatur, postea tamen possessori nihil prosit, qui nihilominus cogitur rem restituere. *L. nemo*, *C. de acq. pos. L. moræ*, *C. de rei vind. L. nec bona. C. de præscr. long. temp. L. si post acceptam*, *D. de rei vind.* De quo diximus satis in interruptione usucapionis. Supra *Lib.* 5. Idem de jure fructuum percipiendorum licet dicere: fructus bonæ fidei possessor percipiendo suos facit: sed tantisper, dum bona fide possidet: qui simul atque ita possidera desiit, quod fit, ubi cognovit rem alienam esse, amplius fructus non fiunt ejus. *L. bonæ*, in pr. & §. 1. *L. quæsitum*, *D. de acq. rer. dom.* At hac ratione potest dominus statim acquisitionem istam fructuum impedire. Licet enim rem ei suam petere a possessore, ut sic ille intelligat rem esse alienam. Ex quo tempore & fructus suos facere desinet. De quo etiam suo loco diximus in horum fructuum acquisitione. Ita in summa superiora jura a bonæ fidei possessore obtinentur in re aliena ignorante domino, aut sciente quidem, sed cessante & patiente: nunquam invito.

CAP. XX.

Pignus: seu de jure creditoris in pignore.

Pignoris verbum ambiguum. Quo sensu hic accipiatur. Quibus in locis fuerit ab auctore tractatio de pignoribus occupata. I. II.

Summa creditoris jura in pignore duo, & quorsum creditori attributa. III.

Jus tenendi & possidendi pignoris quid: & quæ possidenti pignus aut persequenti eo nomine proditæ actiones. IV.

Item jus distrahendi pignoris quale; & quæ talis juris effecta. V.

Secundaria creditoris in pignore jura pariter duo. VI.

Jus percipiendi fructus ex pignore. Quæ verior talis juris caussa. VII.

Item jus pigneratam rem novo pignori obligandi. Quatenus hoc jus consectarium. VIII.

I. Pignoris quoque jus in re aliena habetur. Est autem pignoris verbum anceps. Nam & ad nexum rei, & ad rem ipsam, quæ eo nexu tenetur, refertur, sic tamen; ut in his definiendis utrumque inter se mutuam operam præstent, ut & ex nexu rei res obligata, & ex re obligata, quale sit genus hoc nexus, intelligatur. Sit ergo pignus, cum hoc verbum de re pignori nexa usurpatur, *res omnis pro debito obligata*, quæ & hypotheca dicitur. Sic describitur & nominatur in §. *item Servinna*, *Inst. de act.* Hanc obligationem etiam pignus nominamus, idque jus est, quod in re aliena haberi dicimus. Id jus tunc erit, cum erit vere pignus: quod fiet, cum erit recte constitutum, & constitutum perseverabit, nec erit solutum.

II. Sed quid sit pignus, quomodo constituatur, quibus modis solvatur, scripsimus pluribus ordine in libro de pignoribus, & in commentariis ad titulos hujus argumenti, *C.* sed & locus magis ad obligationes creditoribus firmandas pertinet. Datur enim pignus, ut creditori cautum sit. Nunc proprium est hujus loci, ut quæramus, quæ sint jura creditoris in pignore, re alioqui vere aliena.

III. Ea summa & quæ pignoris: qua pignus est, propria sint, sola sunt duo: jus possidendi tenendive pignoris, & ejus distrahendi. Jura ideo pignoris propria, quia

quia sola sunt accommodata ad finem pignoris obtinendum. Finis pignoris omnis est hic, ut magis creditori in tuto sit creditum, ut est in §. *ult. Instit. quib. mod. re contrahat. oblig.* Id ita consequitur creditor, si rem habeat, cui incumbere liceat in hoc, ut si pecunia non solvatur, possit distrahere, unde pecuniam conficiat, quo ipsi satisfiat. Hinc igitur illa duo jura nata & data creditori in pignore superioris cautionis obtinendæ caussa. Primum illud, ut rem ei tenere & possidere liceat, non solum ut pignus possidens possit id per exceptionem retinere: sed etiam ut, si non possidet, possit id ultro persequi, & vindicare ob omnibus possessoribus ejus rei, sive is debitor sit, idemque dominus, sive extraneus quivis possessor, cum quo nihil contractum est. Quam ad rem ei actio in rem constituta: quæ ex re, quam persequitur, hypothecaria: ab auctore Serviana & quasi Serviana appellatur. *d. L. pignoris*, *D. de pignor. L. pignoris*, *C. eod.* §. *item Serviana*, *Instit. de action.* Potestas judicii & exitus is, qui declaratur in *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pignor.*

IV. Notandum sic possessionem hic tribuera jus creditori in pignore: quod & fit in *L. cum & sortis*, §. *ultim. D. de pigu. action.* ut eundam possessionem intelligere debeamus, ut appellatur in *L. si cum venditor*, in princ. *D. de evict.* idest, rei detentionem, quæ ad hoc tantum prosit, ut rei incumbere liceat. Et certe vare non possidet creditor. *L. sciendum*, *D. qui satisd. cog.* scit enim se dominum non esse. Unde & pro alieno possidet, non animo domini: eoque non possidet: quam ob caussam etiam non usucapit. *L. pignori*, *D. de usucap.*

V. Alterum jus est, quo ad superiorem cautionem recte pervenitur, ut si pecunia omnis non solvitur, liceat creditori pignus distrahere. *L. quandiu*, *L. si cessante*, *C. de distract. pignor.* Quod ne frustra tribueratur creditori, etiam munitum est juris affectu, dum illi hoc datur, ut re distracta, si ex ca caussa rem tradiderit, dominium non aliter transferat, quam dominus. *L. non est novum*, *D. de acquir. rer. dom.* §. 1. *Institut. quib. alien. lic.* Hanc distractionem, & dominii translationem neque debitoris obnuntiatio impedire potest, rebus integris, neque re distracta, debitor revocare. *L.* 2. *L.* 3. *C. si ant. cred. L. si prius*, in fin. *C. de distract. pign. L.* 1. & 2. *C. debitor. vendition. pignor. imped. non poss.* Quibus de partibus etiam plura & exactius diximus in libro de pignoribus

VI. Et primaria quidem jura creditoris in pignore, eademque propria ejus cautionis, quæ in pignore quæritur, hæc sunt duo, quæ dixi. Sed sunt & alia inferiora quædam, quæ ex his efficiuntur, & velut pars sunt superiorum, digna tamen, quæ diserte proponantur, ne nos fugiant. Ea item sunt duo.

VII. Unum, ut dum creditor rem pignori obligatam possidebit. Possit ex ea fructus percipere: non tamen, ut ejus lucro cedant, ut cedunt percepti a bonæ fidei possessora: sed ut percepti hactenus debitum exonerent: si quid inde apud eum amplius debito est, id reddat. *L.* 1. *L.* 2. *C. de pignorat. act.* Quamquam prope est, ut non tam in jure creditoris numerari debeat, quam in necessitata obligationis. Percipit enim, non quia potest, sed quia debet, ut est in *d. L.* 2. *C. de pignorat. act.* nempe potestate obligationis re contractæ coactus. De qua in §. *ult. Instit. quib. mod. re contrahat. oblig.* Nam cum creditoris quoque utilitas versetur in pignore: exigit ab eo regula omnium contractuum communis, ut in ea re non solum præstet dolum & culpam, sed & diligentiam, idest, ut in re curanda ea faciat, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet. Regula generalis tradita in *L. si ut certo*, §. *nunc videndum*, *D. commod.* exposita diserte in specie pignoris in *L. si cum venderet*, §. *ult.* & *L. ea igiur*, *seq. D. de pign. act.* Hujus porro officii & diligentiæ pars est, ut agros pignori obligatus a se possessos colat, & fructus percipiat, ne pereant. Sed quoniam hæc recte præstare non potest, nisi licet: ideo per caussam officii illi datum, ut jure posset colere, & fructum capere. Ex quo est, quod dicitur in *L. creditor*, *D. de pignorib.* creditorum prædia sibi obligata ex caussa pignoris, locare recte posse.

VIII. Alterum jus inferius, & superioribus consequens, est in eo, ut creditor rem sibi pigneratam possit alii pignori dare: ut tantum in secundum creditorem transferatur, quantum apud priorem fuit. Quod & creditori datum est. *L. grege*, *L. cum pignori*, *D. de pignorib. Tit. C. si pignus pign. dat.* Jus sua sponte natum a superioribus hoc modo. Quod enim creditor per se potest facere in pignore: id illi licere debet etiam facere per alium. Id autem fit, cum pignus alii creditori suo dat pignori. Sic enim ille secundus pignus vindicando, & distrahendo consulit ei, qui dedit, qui non aliter eo facto liberatur, quam si vindicasset ipse, &

rem

rem distraxisset. In quibus omnibus si de domino quæritur, dicendum est hæc jura domino non nocere. Sive enim debitori videtur pecuniam solvere, statim eo facto pignus tollitur; sive pignus ab eo distractum est, cedit ea res debitoris commodo, qui eo facto liberatur.

CAP. XXI.

De servitutibus, quæ in rebus consistunt. Servitus hujus generis quid sit: Quæ hujus generis propria, ex quibus possit intelligi, non solum quid sit servitus ipsa per se, sed etiam quid differat a reliquo omni superiore jure, quod in re aliena obtineri diximus.

Quare accuratior sit habenda cognitio de servitutibus. I.

Servitutis, ut libertatis verbum ambiguum. II.

Libertas & servitus aliter de hominibus, aliter de rebus inanimatis usurpantur: & quo sensu in utrisque. III. IV.

Quid significetur verbo Servitutis *in rebus. Divisio vulgata servitutis improbatur.* V.

Quid sit rerum servitus. Definitionis partes illustrantur. VI. & seqq.

Jus *in definitione servitutis vario explicatur.* VII.

Locus Celsi in L. quid aliud, *versic.* prædia *D.* de V. S. *subtiliter & exquisite expositus.* VIII.

Servitutem esse in re aliena: & quare. De qua servitute hoc accipiatur. IX.

Vera servitutis ratio, & natura in ea posita, ut rei dominus vel non faciat, aut patiatur aliquid in suo. Plura utriusque exempla. L. quoties non hominum §. Servitutum D. de servit. *illustratur.* X. XI.

Conventiones, & caussas, propter quas dominus obligatur in fundo suo quid facere, aut præstare aliquid ex eo alteri, licet sint onera in alieno constituta: non esse tamen servitutes. Ejusmodi onera tria, & quæ. XII. XIV. XV.

Excipitur servitus oneris ferendi; quæ exceptionis ratio. XIII.

Servitutes, si illius, cui acquiruntur, commodo non serviant, nihil valere: exponitur locus Pomponii in dicta L. quoties 33. *in princ.* D. de servit. XVI.

Secus tamen, si non illico, sed aliquando acquirentis commodo sit servitus profutura. Interpretatio L. ei fundo 19. D. de servit. XVII.

Jus in aliena re *servitutis proprium quid distet a reliquis. Singulorum differentiæ obiter expositæ.* XVIII.

I. Postremo & servitutes sunt jura, & ea in re alien. Quæ quid distent a superioribus, cum tamen & illa in alieno sint, definitio ostendet. Jura sunt, inquam, non quælibet: sed quæ in rebus hominum magnum, & præcipuum quendam, ac necessarium usum habent propter eas commoditates, quæ hinc percipiuntur, quibus in hac dominiorum distinctione, & tamen rerum conjunctione, hæc vita omnino carere non potest. Quo diligentius de his cognoscendum est. Sed eo magis, quod res ipsa, & ratio juris de hoc genere minus est exposita.

II. Principio ne quis hic definitionem servitutis generalem exspectet, quæ omni servituti conveniat: sciendum est servitutis verbum, ut libertatis, esse [1] ambiguum: ut, cum sub una voce res plures significet nulla communione generis inter se conjunctas: non possint hæ res una definitione comprehendi.

III. Aliter libertas & servitus dicitur de hominibus; aliter de rebus certis dominio nostro subjectis, & maxime inanimatis. De hominibus proprie; de cæteris rebus aut per abusionem, aut certe per similitudinem quamdam superiorum & translationem. Proprie libertas est, facultas faciendi, quod velis: hujus facultatis privatio servitus, cum quis jam non potest, quæ vult: quod fit, cum dominio alieno subjicitur. *L. 4. D. de stat. hom.* Atque hinc liberi, quorum ea facultas est: ser-

1) De variis significationibus vocis Servitutis, vid. Baro *ad Lib.* 1. *D. h. t.* Vult. *ad pr. I. h. t. n.* 1. Sic & libertatis variæ acceptiones. Dicuntur quoque liberi qui a tributis immunes, item qui nullius potestati subjecti, sed suis legibus vivunt, αὐτόνομοι *L. 7. de captiv. & postlim.* Et sic sæpe libertatem pro immunitate vel pro αὐτονομίᾳ & plenæ potestatis fruitione accipi apud auctores ostendit P. Fab. *ad. L.* 106. *de R. I.*

servi, qui isti dominio subjiciuntur. Quorum utrumque de hominibus proprie dici constat, & quidem ita, ut certum sit in res alias, quæ dominii nostri sunt, non cadere. Non enim fundus dici potest liber hoc sensu; ut significetur is, qui facere possit, quæ velit, cum facere quidquam non possit res inanimata: certe nihil velle potest, ac ne animalia quidem bruta. Eademque ratione nec servus is fundus, qui jam non possit facere, quæ velit, quoniam non possit esse privatio, ubi non sit, aut natura rei esse non possit id, quod privetur. Jam autem dixi non esse in fundo facultatem faciendi aliquid, aut volendi, quæ servitute imposita minuatur. Sed & in hominibus hoc ipso, quod quis dominio alieno subjicitur, servus est, & serviens domino suo: ut hic verum sit rem suam domino servire. In cæteris rebus contra evenit, non modo ut quæ in dominio alicujus sunt, eæ ideo aint servæ: sed quo magis in jure sunt ac potestate domini, eo magis sint liberæ. *L. qui uti, D. de verb. sign.* Certe si quid in his licet domino facere dominii jure, hactenus liberæ sunt: & quod in his facit dominus, libertatis jure facit, non servitutis: de quo mox plura in definitione. Nominatur tamen etiam in rebus cæteris libertas & servitus: unde & [a] liberæ dicuntur, & servæ, seu aliis servire. *L. qui uti, de verb. sign. L. traditio, D. de acq. rer. dom. L. 4. §. ult. D. de usucap.* Ex quo intelligi debet longe alia significatione de his rebus ista dici, quam cum dicuntur homines liberi, aut servi.

IV. Et res ita habet: Dicitur igitur in rebus cæteris dominio nostro subjectis, res libera, non quæ potest facere, quæ vult, cujus nulla facultas faciendi, aut voluntas est: sed in qua dominus ipse rei potest id ipsum facere pro dominii jure: servire contra ea, in qua dominus aliquid pro eo jure facere non potest: earumque conditionum prior libertas: posterior servitus appellatur. *L. 4. §. competit, D. si servit. vind. d. L. 4. §. ult. de usuc.* At enim cum hoc ipsum facere quid licere in re sua, aut non licere, totum sit dominici juris, aut imminutionis, denique in domino ipso totum sit, non in re: cur hanc libertatem, aut servitutem tribuimus rei, non domini personæ? Eo fit, quia ut hic aliquid possit dominus, aut non possit, prius ei nascitur ex rei conditione, quæ huc jure habetur, ut in ea dominus illud possit, hoc non possit. *d. L. 4. §. competit, si serviti vindic.* Nam & libertas ista & servitus conditiones sunt rei cohærentes, quæ & rem alienatam sequuntur, ac cum re ad novum dominum transeunt. *d. L. traditio, de acquir. rer. dom.* Sed utcumque hæ rei conditiones sunt, illud constat propter has non eo magis inanimatam aut intelligentia carentem rem liberam, aut servam proprie dici posse, sive quod eligere nihil potest, quod est libertatis: cui contrarium est servitus; sive quod si quis esset in ea motus ad eligendum; tamen non posset dici ea res libera, quæ subjiceretur alterius dominio. Dicuntur ista per translationem, dum quod hominum est, transfertur ad res cæteras; & res sic accipitur, quasi quod ex his percipit dominus, videantur res ipsæ ei præstare: id autem tunc facere libere tanquam propensione quadam voluntatis, cum omnia sua ei præstant, quasi natura ita factæ, ut id velint. Quod cum præstare non possunt, jam videntur servire, utpote amissa ea facultate præstandi, quæ illis pro libertate affingebatur.

V. Sit ergo servitus, qualem hic intelligi volumus, conditio rei, non qua res dominio nostro subjicitur, & domino suo servit, qualis est hominum servitus: sed qua res dominii nostri non potest omnia dominii officia domino præstare, sed quædam cogitur præstare alii. Ut appareat in his servitutis verbo res significari contrarias. Quod non tantum eo prodest nosse, ut sciamus, quæ sit significatio & ratio verbi, quod proponitur: sed etiam ut vulgare vitium discamus fugere, acceptum aut maxime confirmatum a Bartolo in *L. 1. D. de servit.* quo servitutem ita dividunt, ut quædam sit mere personalis, quædam mere realis, quædam mista; & personalem vocant eam, quæ est servorum: reliquas esse volunt cæterarum rerum, de quibus postea. Vitiosa plane divisio, qua genus servitutis dividitur in eas species, quæ non sunt unius & ejusdem generis; ut pote de quibus genus uno modo & eadem significatione dici non potest. Sit sane hæc divisio verbi in sua significata, si quis ita appellare vult, quando verbum est ὁμώνυμον. At ne dixerimus rem, quæ dicitur servitus, dividi in has species, cum verbo servitutis diversa genera rerum significentur, ut proinde uni alicui hæ species subjici non possint.

VI.

a) *L. 30. pr. de ser. urb. L. 43. §. 1. de serv. rust. tot. tit. com. præd.* & *simil.* Cic. de *L. Agraria.* libera prædia meliore jure sunt quam serva. P. Fab. *ad d. L. 106. de R. I. initio.*

VI. Hæc da verbo. Ex quibos volo intelligi hic servitutem dicere oos, cooditiooem, qua res alii servit, quam domino. Rem videamns. Est eutem hæc rerum nostrarum servitus, jus [3] io re aliena alteri constitntom, quo dominus, qnod huic alteri commodnm sit, eliquid eut pati ln suo, ant in suo noo facere cogitur. Vera & recta definitio, qoæ caussas servitutis complectitur, quibus positis fit servitus, distingnitorqoe ab omni superiore jure, qnod & in re alieoa esse diximus. Caussa efficiens eervitutis, jus io re alii constitutum. Res tanqusm msteria servituti subjecta, res eliena. Jus tamen non qoodvis: sed quod jus domini ita minuit elterine augendi ceussa; ut cogatur dominus aut quid non facere in suo, eut illom alterum faeientem pati. Finis, commodum solum uteutis. Quæ sunt quatuor, quæ definitione complexi snmus: totidem, qnæ jus de natura servitutis agnoscit, & desiderat.

VII. Servitus jus est. Id indicaot omnes species servitutum, ot ususfructus, iter, actus, via, & similes, quarum unaquæque io definitioonibus veterum dicitur jus. *L.* 1. *D. de usuf. L.* 1. *D. de servit. rustic. prædior. L.* 2. *D. de servit. urb. præd.* Generaliter autem & definite scriptom est in *fin. tit. Inst. de reb. corp.* prædiorum urbanorum & rusticorum jura, etiam servitutes vocari: ut sciamus ejusdem rei nomina hæc esse, jure prædiorum & servitutes. Sana proprie, & quatenus significationem verbi exprimere velimus, servitus noo est jus. Nihil enim tam cootrarium est juri, quam jurie immioutio. At servitus, qua servitos est, nihil nisi juris imm[illegible]tio. Sic enim constituitur, ut dominus jus suum deminuat, & alterius aogeat, ot est in *L. de pupillo, §. & belle, D. de op. nov. nunt.* Sed eervitus dicitur jus eb effectu, quia ita servitus exsistit in re aliena, si domious nobis jus constituit aliquid in ea re faciendi invito se. Atque hoc ipsum jus est servitus, id est, servitutem facit: eot si malumus, hoc ipsum jos cum eodem tempore & pariter jus nostrum angeat, alterius deminuat; fit ut oobis, quibus debetur, jus sit: illi, qni debet, servitus. Illnd semper recte defeodetur, ideo id jns aervitutem dici, quia quod in nobis jus est, in alio servitutem faciat. Sic a Peulo definitur thesaurus, depositio vetus pecuniæ in *L. nunquam, §.* 1. *D. de acq. rer. dom.* Atqui si sine figura loqoi volumus, theseorus non est depositio pecuniæ, sed ipse peconie deposita. Verum dicitur depositio μετωνυμικῶς, quia hæc depositio thesaurum fecit, id est, fecit, ut inciperet esse thesauros. Proprie & significationi verbi conveoieoter si loqni placet, servitus recte dicetur conditio cujusque rei, qua ea res elii servit. Sic vocatur servitus in *L. via, §. si fundus, D. de servit. rustic. præd.* Et recte: est eoim conditio rei in usu juris, quelitas cujusque rei, qua res boc aut illo modo affecta est. Ac talis est servitus, qualitas videlieet ejus rei, cui coheret: atque ita etiem nominstur in *L. traditio, D: de acq. rer. dom.* ubi eum fuudus alieoetur, dicitur transire, qoalis est, & edjicitur, cum servitutibus, ot qualitas ista, quæ esset, intelligcremus.

VIII. Ex quo est illod Celsi, nihil eliod esse servitotes, quam prædia [4] qualiter sc bebentia. *L. quid aliud, D. de verb. signif.* Figorete boc dictum est. Nam proprietate orationis salva, nihil minus verum est, qoem servitutem prædii esse prædium ipsum, cum constet netora toto genere distare substaotiem, & quod substantiæ eccidit: prædium autem ést substantis & subjectum servitutis: servitus ea, quæ extrinsecus eccideos io hoc subjecto subsistit. Quod & a natnra somptum docuit Aristotcles in categoriis. Sed boc voluit Celsus, servitutes esse habitus, qoibus prædia qualiter, id est, certo modo se habent. Nam & ipse alibi de servitute eodem modo locutus legitur, id est, in *L. qui fundum, D. quem. servit. amitt.* Ubi tamen servitutem babitnm vocat, ec

velut

3) Duar. *ad Rub. D. h. t.* & *ad L.* 5. §. 9. *de op. no. nunc.* definit: Jus prædiis inhærens, quod unius utilitatem respecit, alterius libertatem minuit. Quæ fere definitio Bartoli est, quam exponit & tuetur Joan. Superior *in Proœm. de Servil. n.* 5. & 6. Corasium tacite insectans, qui eam impugnat, *ad Rubr. h. t. n.* 4. *seqq.* Sed non convenit nisi reali impositioni. Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 1. *n.* 1. est: Qualitas rei propter quam pati cogitur rem habens in ea fieri vel ipse non facere, quod hominum vel prædiorum interesit, intra legitimum modum. Mavult qualitatem dicere, quam jus de servitutibus in genere, quia hæc vox, inquit, generalior. Atqui definitioni genus προσεχὲς adjiciendum Vult. *in pr. I. h. t. n.* 2. Jus serviendi in re alterius constitutum. Quæ nominis est definitio, non rei. A. Guid. *Lib.* 2. QQ. C. 18. n. 2. Habitus extrinsecus accidens, quo prædia prædiis subjiciuntur. Sed hæc angustior &c. Alias definitiones refert Joan. del Castillo *de Usuf. C.* 49. *n.* 6.

4) Forner. 2. *Select.* 28. licet A. Guib. *Lib.* 1. *QQ juris C.* 18. *n.* 5. *d. L.* 86. de illis tantum qualitatibus loqui, quæ cum ipsa re nascuntur, ut sunt bonitas, salubritas, &c. Servitutes autem extrinsecus accidunt. Sed Gœddæus ibidem monstrat Celsum eo loco egisse de servitutibus, & exemplorum esse illustrare regulam, non restringere. Recte autem uterque Alciatum reprehendit, qui ibidem *n.* 2. pro *qualiter*, contra exemplarium fidem, reponit *æqualiter*. Vocantur & servitutes corpus *L.* 17. *de except.* ubi vocula *corpora* sumitur proprie ratione viæ, quod notat Guib. *d. C.* 18. *n.* 10.

velut hoc verbo quid sentiat, interpretatur. Est autem habitus qualitas inhærens diuturnior, & quæ facile svelli non potest, qualis est servitus. Qualiter se habens utroque in loco dixit more Græco, pro certa qualitate, seu hoc aut illo modo affectum & constitutum esse. Sic Aristoteles qualitatem definivit in categoriis, secundum quam ποιοί τινες εἶναι λέγονται quales quidam nominantur. Quales, id est, certa qualitate præditi. Quod autem dixit Celsus servitutes esse prædia qualiter se habentia, est ἐναλλαγή, in qua res [5] qualitate sua notata posita est pro ipsa qualitate ejus rei: prædia qualiter se habentia, pro qualitas, qua prædia ita se habent: qualis est bonitas, salubritas, amplitudo, ut adjicit in *d. L. quid aliud, de verb. signif.* Cui orationi similis est illa in *L.* 2. *C.* de reb. cred. *jurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet.* Non enim religio habet Deum ultorem, quæ etsi contempta semper Deo accepta est: sed habet ultorem Deum contemptus religionis. Ejusdem generis & illa, cum dicitur servitus acquisita certo generi, id est, certæ formæ & qualitati agrorum, pro agris certi generis & qualitatis, veluti vineis. *L. certo*, in pr. *D. de servit. rust. præd.* Neque enim generi ipsi agrorum omnium servitus acquiritur, sed uni agro certo, verum certi generis: neque genus rursum hic aliud significat, quam qualitatem. Alioqui diceremus quibuscumque agris, & quomodocumque constituta esset servitus, semper videri constitutam certo generi; quod falsum est. Omnes enim agri sunt uni generi subjecti. Similiter etiam dictum vehiculi certum genus, pro vehiculo certi generis & qualitatis, in *L. is cui*, 11. *D. quemadm. servit. amitt.* Hæc, inquam de servitute dicuntur proprie & ex natura rei: ut sit servitus conditio, qualitas, habitus rei, qua res ita affecta est, ut serviat. Sed tamen cum rem spectamus, quæ sola servitutem facit, recte servitus ex usu veterum dicitur jus id constitutum, quo licet aliquid facere invito domino, quoniam ut ante dixi, id jus utenti jus est: debenti & patienti servitus.

IX. Hoc jus, ut in re aliena est, ita solum in re aliena servitus. Quod erat secundum observandum in definitione. Etenim si quis quid facit in re sua, facit pro eo jure & libertate, quæ cuique domino in re sua concessa est. Non ergo jure servitutis. Atque hinc dictum est, nulli [6] rem suam servire. *L. in re, D. de servit. urbanor. præd. L. uti frui*, in pr. *D. si ususfr. pet.* Ita necesse est, si quid fit servitutis jura, id fieri in re aliena; eoque & in re aliena esse servitutem. Meminerimus semper, quod ante posui, servitutis verbo etiam nunc intelligere nos, quæ non est servorum hominum: sed quæ nominari solet in rebus cæteris dominio nostro subjectis. Alioqui quod & ante attigi, in servis nostris utrumque vere dicatur, & servitutem, qua servi tenentur, esse in re nostra: & hic rem nostram nobis servire, quoniam ipsi sunt res nostra, & iidem servitutem nobis serviunt.

X. Quod tertium in differentiis hujus juris spectandum est: servitus non quodvis jus est in alieno constitutum, sed quod duarum harum rerum consistit in altera: vel ut dominus aliquid patiatur in suo; vel ut ipse in suo facere volens non facere cogatur. Hoc est, quod Pomponius ait, naturam servitutum non eam esse, ut aliquid faciat quis: sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. *L. quoties nec hominum*, §. *ult. D. de servit.* Patiatur, nempe facientes nos aliquid in suo, puta, re sua utentes, fruentes, per prædium suum euntes, agentes, aquamve ducentes; immittentes tignum aut stillicidium in suas ædes: quæ sunt species servitutum tam personarum, quam prædiorum; de quibus postea. *Inst. de servit. L.* 1. *D. de servit. rust. præd.* Ut non faciat; veluti, ne tollat altius ædes suas; ne quid ponat in suo; ne luminibus ædium nostrarum, aut prospectui officiat. *L.* 2. *L. inter*, *D. de servit. urban. præd.* §. 1. *Instit. de serv.* *Naturam* dixi[…]e veterum substantiam, id, ex quo se[…]us consistit, & extra quod non sit servitus. Sic ex natura contractus, aut extra naturam Ulpianus vocat in *L.* 7. §. *quinimo*, vers. *idem responsum*, *D. de pact.* quæ alibi Papinianus esse dicit ex substantia aut extra substantiam contractus, *L. pacta*, *D. de contrah. empt.* Et recte in his consistere dicitur natura & substantia servitutis. Quot enim sunt, quæ libere dominus potest facere in re sua, tot esse necesse est, quæ illi detracta efficiant servitutem. Non dixi servitutem jus esse, quo, dominus in re sua jus suum deminuit, & alterius auget; quod tamen Ulpianus servituti tribuit, & hac veluti nota eam designat in *L. de pupillo*, §. *& belle*, *D. de oper. nov. nun.* non quod

non

5) Vide Gilb. *Rec.* 2. *Enanl. ult.* Sic concretum pro abstracto: incertum conditionis. *L.* 1. *C. de post.* recens aditæ hereditatis *Lib.* 31. §. 9. *de reb. auct. Jud.* Cart. 1. *Conject. ad Pratr* 47.

6) *L.* 33. §. 1. *de serv. rust. ubi* Cujac. 9. *ad Afric.*

non recte id de servitute dicatur, quod plane omnis servitus in se habet: sed quia id dici ad justam definitionem, & ad efficiendum id, quod sit servitutis proprium, non est satis.

XI. Nam & jus emphyteuticum, & jus superficiarium jure sunt constituta in re aliena, quæ & ipsa jus domini minuunt, alterius augent, neque tamen sunt servitutes. Propria servitutis imminutio est, cum ad imminutionem superiorum rerum una aliqua accessit, quarum adjectio quomodo servitutem a reliquo omni jure superiore distinguat & separet, in extremo definitionis dicetur: Denique nihil aliud est servitus, quam, dominio apud dominum manente, libertatis 7 dominieæ imminutio. Porro, quæ dominus rem suam habens jure suo libere facere potest in re sua, duo sunt: re sua uti, ut vult; & in ea quidvis facere: tum si quis alius ea re uti velit, prohibere, & ab ejus usu arcere omnes. In suo, dicebat Aristo, licet alicui facere, quod videtur: sed hactenus, dum in alienum nihil immitat. Cæterum immittentem a domino prohiberi posse *L. sicut*, §. *Aristo, si servit. vind.* Quare borum alterum servitutem necessario faciet, si aut quid pro jure domini facere in re sua non poterit; aut alterum in ea re quid facientem cogetur pati: in quibus & servitutem consistere dicimus; nempe rem positam in rebus contrariis & libertatis privationem afferentibus. Quod cum dicimus, nimirum hoc dicimus extra hæc duo servitutem non esse.

XII. Hinc potest expediri ratio de plerisque oneribus velut in alieno constitutis, cur cum propter onus injunctum servitutes videri possint: placeat tamen non esse servitutes. Cujus generis onera sunt tria, quorum similitudo ne nos decipiat, hæc pars efficiet. Primum ergo si convenerit, ut dominus nostri commodi caussa in re sua aliquid faciat, veluti prospectus nostri caussa viridaria aut arbores tollat e suo, aut pingat in suo quo nobis amœniorem prospectum præstet: ut maxime videatur ea re infringi libertas domini, cujus in potestate est, hæc in suo non facere; tamen 8 servitus non erit. *d. L. quoties nec*, §. *ult. de servit.* non quod qui promisit hæc se facturum in suo, non obligetur: Obligatur enim, ut faciat; nec nisi facit, tenetur in id, quod nostra interest, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus: §. *ult. Inst. de verb. obl. L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *D. eod. L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re jud.* Sed quia obligatio hæc erit, non servitus constituta. Effectus hic est: In eum, qui promissione obligatus est, heredemque ejus actio in personam dabitur, ut est conditio actionum in personam. *L. actionum*, *D. de obl. & act. Inst. de perp. & temp. act.* Prædio autem alienato, in quo dominus ex conventione illa facere debebat, actio non sequetur novum possessorem, qui nobis nulla ex caussa unquam fuit eo nomine obligatus: quod tamen futurum erat, si esset constituta servitus. *L. cum fundo*, *D. de servit. rust. præd. L. neque D. quib. mod. ususfr. amit.*

XIII. Excipitur tamen ex hoc numero 9 servitus oneris ferendi, in qua uti convenit, ut paries oneri ferendo uti ab initio erat, ita semper esset: sic obtinuit de ea agere me cum vicino posse, ut & onera ferat, & præterea parietem reficiat: etsi quibusdam veteribus ex superiore regula videbatur non posse ita servitus imponi, ut dominus prædii aliquid facere cogeretur. *L. & si forte*, §. *etiam*, *D. si servit. vind. L. eum debere*, *D. de servit. urb. præd.* Excipiendi ratio duplex. Primum, quia convenit hoc non principaliter constitui, sed per 10 consequentiam servitutis prius recte impositæ, qua scilicet mihi ipsi licet in alieno quid facere, puta onera ædium mearum in eum parietem immittere: multa autem admittuntur per consequentiam rei promissæ, quæ si fiant principaliter, non conceduntur. *L. 1. D. de auct. tut. L. hanc legem*,

7) Servitus omnis est legitima diminutio dominii. Duo præstat dominium. (1) Jus libere disponendi (2) Prohibendi, ne alter invitus in ea re agat. Alterum duorum agitur in servitute & vel deminuit dominium qua parte tribuit jus disponendi, vel deminuit facultatem prohibendi, ita Alex. Turam. *Epist. accad.* 4.

8) Multo minus igitur aliud est genus servitutis, quod (uti hoc passionis) actionis sensu accipiatur, ceu vult Balduin. *in Prolegom. tit. I. de servit. n.* 5. ex. gr. si libertas ea lege alicui relicta ut stato tempore lucernam accendat monumento, & solemnia mortis peragat *L.* 71. §. 2. *de cond. & dem.* Quare nec vera erit servitus illa, qua rustici coguntur uno molendino uti ad quæstum domini, qui illi pago præest, quam novam & barbaram vocat Bald. *ad* §. *inter.* 2. *I. de serv.*

9) Hic Hotom. 2. *Amic.* 17. singularem quandam, abnormem ac quasi spuriam hujus servitutis naturam esse. Et Vit. 2. *Var. lect.* 2. *n.* 3. id esse specialiter introductum contra servituti naturam per verba *d. L.* 6. §. 2. *in proposita specie.*

10) Servitutis illius Lex hæc: *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit d. L.* 33. Ergo per se hæc servitus in patiendo, per consequentiam in faciendo vel non patiendo, id est in reficiendo pariete, & non patiendo illum labi vel ruere. Hotom. 2. *Amic.* 17. Sed hæc ratio, quæ Fulgosii est, & Coraßii ad *L.* 16. §. *I. h. t. n.* 9. displicet Jo. Superiori *ad L. quoties* 15. § 1. *h. t. n.* 2. & 3. hanc reddenti, quia alias magis serviret, qui refectionis sumptus faceret, quam qui onera ferret, quia huic semper paries integer foret alterius impensa.

gem, & 2. seqq. *D. de contrah. empt.* Deinde in bac specie servitutis reficere parietem propemodnm ejusmodi fsctum est; ut sit necesse a vicino implari, si velimus servitntem consistere. Nam parietem invito eo reficere in ejus solo non possnm, nbi nihil ejusmodi aperte convenerit: & ut forte liceat, aut etiam volente eo faciam: tamen psries ei acqniretur, non mihi, cum omne ædificium cedat solo; nec possit alius esse, quam cujus est solum. *L. adeo*, §. *cum in suo*, *D. de acq. rer. dom. L. ult. D. de superf.* In omni autem servitute id agendnm est, ut babeatur nobis sine ullo incommodo & damno rei familiaris: alioqui videatur nobis non jns, sed damnum constitutum. Nunc autem servitus jus est. In cæteris omnibus caussis nibil exceptum est, quominns placcat, si convenerit, nt quid faciat quis nostra caussa in suo, servitntem non esse; & quod idem est, servitutem ejnsmodi imponi cniqusm non posse. *d. L. etsi forte*, §. *etiam*, *si servit. vind. d. L. quoties nec*, *de servit.*

XIV. Huic simile est, quod sequitur: nam si quod sit nobis jus constitntum reditum aliquem aut fructus annuos fundi petendi, & accipiendi, etsi nominatim designatus sit fundus, unde illi sumerentur: si tamen nobis sumendi jus datum non est, sed domino sumendi & dandi: obligatio & hic erit constituta, non servitus. Utputa, vendidisti mihi, ant promisisti centum modios frumenti annnos ex fundo tuo Corneliano te mihi, aut etiam prædiis meis præststurum. Obligsri te mihi constat, nt eos modios quotannis præstes. At si fundum Cornelianum vendideris, ut msxime vendideris hac lege ut eo [11] jure, eaque conditione apud emptorem essat, quo apud te erat: placet tamen boc jus non sequi amptorem: emptorem denique mihi eo nomine non teneri. Responsum ex facto in *L. ult.* §. *ult. D. de contrah. empt.* Quo non alind significatur, quam superiore conventione, & jure mihi constituto servitutem constitntam non videri: nam slioqui, vendito fundo, servitus sequeretnr prædium, ac per prædium emptorem. *d. L. neque*, *quib. mod. ususfr. amitt. d. L. cum fundo*; *de servit. rustic. præd.* Idem juris est in simili legato. Testator ita cavit: Lucio Titio præstari volo ex prædiis Cornelianis annua arundinia millia tot, & salicis mundæ annuas libras tot. Paulus negat servitutem ullsm his verbis constitutam, in *L. Cajus*, *D. de ann. legat.* Idem est in hoc legato: fnndi Æbntiani reditus uxori meæ qnoad vivet, dari volo. Unde & fundum sine onere hujns præstationis vendi posse placuit. *L. fundi*, *D. de usufr. leg.* Hæc ideo, quia jus ista sumendi & dandi domino relictum est; nobis antem, quibus dari debent, nullnm jns datum eo nomine quid faciendi in alieno invito domino: quod natura servitutis exigit.

XV. Postremo tributa & vectigslia, omnesque in universum pensitationes pnblicæ, qnæ a certis prædiis debentur, onera esse constat prædiis cohærentia, & qnidem es, quæ prædis aliensta seqnsntur, ac propter prædia possessores. *L. Imperatores*, *D. de publican.* Non sunt tsmen servitutes, nec quisquam nnquam eo nomine appellavit. Fit boc eadem ista ratione, qna illa superiora, quod in vectigalibus & publicis pensitationibns nihilomagis fisco jus est ista sumendi ex prædiis, quam licet privstis in superioribus conventionibus & legatis. Tantum fisco illa petendi jus est: dominis jus relictum, ut dent & solvant, cum debentur: unde & tributi & pensitationis verbum. Quod autem in his omnibus potestate domino ista sumendi aut faciandi dsta, placet servitutem non esse; hanc rationem habet, qnod dominus ea faciens in suo, non potest nisi jure libertatis faccre, quæ dominis in re sua jure dsta est. Facere enim poterat, etsi non esset obligstus. Porro quod jure libertatis fit, non potest fieri jure servititis; c[illegible]nt hæc contraria. Proinda nec in his [illegible] domino faciendis potest videri inesse servitus.

XVI. Quod restat in definitione, bin servitntis finis est proprius: ut quidquid nobis constituit qnis in sno pati, ant non facere, nisi constitnatur [12] commodi nostri caussa, constitutio non valeat, eoque nec sit servitus. Hoc enim est, quod idam Pomponius ad naturam servitutis pertinens eodem loco scribit, id est, *d. L. quoties nec*, in pr. de servit. *quoties nec hominum nec prædiorum servitutes* sunt, non valere. Non intelligit eas non valere, si non sint nec personarum, neo rerum servitu-

11) Quia ibi tantum contracta obligatio in personam L. Titii ejusque heredum, a quibus non recedit. Cujac. 24. *Obs.* 22. & fundus expressus caussa designandæ & demonstrandæ solutionis tantum, vid. Alvar. Valasc. *Tur. Emphyt. Q.* 32. *n.* 17. Secus est in contractu censuario (quem juri civili ignotum puto) quo jus in rem constituitur.

12) Servitutum ea natura est, ut alicui serviant, id est utilitatem adferant. Quemadmodum enim ex parte servientis debet esse patientia domini: ita ex parte dominantis usus, seu actio, quam alter patiatur, neque alterum sine altero esse, aut intelligi potest. Hotom. 8. *Obs.* 11.

tutes, ut hæc accipiuntur in divisione servitutum. *L.* 1. *de servit.* Hac enim ratione non debent dici servitutes non valere, sed nullas esse, quia non plura genera sunt servitutis. Sed nec illud deberet dici, ideo eas hoc casu non valere, quia nostra nihil interest, ut rationem interserit: nam etsi nostra interesset istiusmodi jura nobis constitui, si tamen nec personarum, nec rerum servitutes essent; omnino servitutes non essent, sed tantum obligatio constituta. Hoc ergo dicit; quoties nec in rem hominum, nec in rem prædiorum servitutes sunt; aut, quoties non ita sunt servitutes constitutæ, ut possint dici homines vel prædia in his aliquid sibi proprium habere, quo vere dicantur hominum esse aut prædiorum: toties servitutis constitutionem non valere, quod & exemplis & ratione explicat. Exempla hæc; veluti, inquit, ne per tuum eas, aut ibi consistas: ne jus sit tibi fundo tuo uti frui. Ratio, quia, inquit, vicinorum, quibus ista conceduntur, nihil interest. Non negat, si hæc valere possent; servitutes futuras fuisse, & recte. Quidquid enim dominus in re sua cogitur non facere, aperte habet imminutionem libertatis ejus, quæ est propria dominorum in re sua; hæc autem imminutio servitus. Sed ait constitutione nihil agi, constitutionem non valere, quia vicinorum nihil interest. Recte hoc quoque. Quippe ita est fere constitutio servitutis, ut aut pactionibus constituatur; aut testamento; aut lege. Si pactione: stipulationes, & conventiones omnes inventæ sunt, ut unusquisque acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de verb. obl.* Si testamentum: & legatum, quod ei, cui datur, inutile sit, nullius momenti est. §. *ex contrario*; *Inst. de legat.* Si lege: multo minus lex imponat alicui rei servitutem, quæ ei cui tribuitur, nihil commodi afferat. Legis enim & juris omnis æquitas hæc est, ne indulgeatur hominum malitiis. Est autem malitiæ manifestæ exigere ab alio, quod illi noceat, exigenti nihil prosit. *L. in fundo*, *D. de rei vind.* Quapropter nulla potest esse constitutio servitutis, cum ita servitus est imposita, ut hoc modo constitutam esse agentis nihil intersit.

XVII. Servitutem pro commodo nostro constitutam esse cum volumus, non hoc exigitur, ut statim ei cui constituta est, sit utilis. Sufficit [13] natura sua talem esse, ut quandoque possit esse utilis. Idque esse omnes recte acceperunt, quod dicitur in *L. ei fundo*, D. de servit. *servitutem fundo imponi posse, etsi non utilis sit* veluti, ut *aquam ducere alicui liceat*, etsi *eam ducere non expediret*; *& si non sit utilis*, id est, etsi non sit in præsentia, cum constituitur: etsi tunc non expediat ducere, quia prædium nostrum aqua aliunde quæsita non egeat. Sed nihilominus ipsum per se jus aquæducendæ utile est. Prodest enim habere saltem ad casus repentinos & postea incidentes: ac maximæ partis bonorum nostrorum utilitas in eo est, ut sit parata ad ea, quæ usus postea aut necessitas postulabit. Commoditatem in servitute recte constituenda exigimus, non utilitatem simpliciter. Quod eo spectat, ut si vel amœnitatis, aut voluptatis tantum caussa servitus constituta sit, puta aquæductus, sufficiat id ad servitutem. *L. hoc jure*, in pr. *D. de aq. quot. & æst.*

XVIII. His ergo rebus definita est natura servitutis: quam definitionem rectam esse inde intelligimus, quod non solum ostendit quid sit servitus, sed etiam efficit, quod sit proprium servitutis, rem a communione eximens, & certis notis eam separans a reliquo omni jure, quod similiter in re aliena esse supra diximus. Jus emphyteuticum & superficiarium, jura sunt & ipsa in re aliena; & jura in ea re versandi & faciendi quodlibet, idque invito domino: sed faciendi omnis velut domini jura. Servitus jus aliquid faciendi, non omnia. Jus bonæ fidei possessoris, & ipsum jus est faciendi aliquid, non omnia: at non invito domino, sed tantum ignorante aut cessante: servitus etiam domino invito. Jus pignoris, jus aliquid faciendi in re aliena, & quidem invito domino: sed non solius creditoris caussa constitu-

[13]) Si jus tale utile esse possit, & vel personis vel prædiis plerumque usui esse soleat, licet huic vel illi, cui constitutum est, nunc non expediat, Baro *in d. L.* 15. & Duar. *ib.* sufficere, si natura sua aliquando usui esse possit. Servitus non valet, quæ sua natura inutilis, *d. L.* 15. aliud si per accidens loci & temporis, quæ alio loco & tempore potest esse utilis, Hotom. 8 *Obs.* 11. Facit *L.* 55 *de Usuf.* Aliter Conn. 4. *Comm.* 7. n. 3. qui præsentem utilitatem requiri scribit: sed eam non ex veritate, rerum animo paciscentis nos metiri Ex. gr. Ne altius tollas, servitus consistit, quamvis si altius tolleret vicinus, id commodaret ædibus meis. Quod refellit Jo. Superior. *ad. d. L.* 15. n. 3. & per. *L.* 5. *in fin. de ser. rust.* & quia alias nec fingi posset casus servitutis inutiliter constitutæ. Aliter Pac. 3. Q. 54. In *d. L.* 15. non dici simpliciter non valere si domini nihil interesit: sed in iis casibus, quibus nihil perveniat ad prædium dominans, ut in exemplis subjectis, & Vital. 2. *Var. Lect.* 2. n. 11. quod si aliquid nobis aut prædiis nostris adjiciant utiliter constitutæ, etsi utiles non sint per rationem in *d. L.* 19. adjectam. Aliter Govean. 1. *Var. Lect.* 15. aliter Rob. 3. *Sent.* 24. vid. & Joan. del Castillo *de Usuf. Cap.* 49. n. 11. *& seq.* Coras. *in Rub. h. t.* Marc. Lyclama Lib. 2. *Membran. Ecloga* 7.

stitutum, verum & debitoris. §. *ult. Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Servitus ita jus faciendi aliquid in re aliena invito domino; ut sit & solius nostri commodi caussa.

CAP. XXII.

Servitutum genera duo, Personarum, & Rerum. Ab ea parte cui servitus debetur, esse has appellationes, non ab ea, quæ debet. Ab hac omnem servitutem esse rei, cum omnis in re consistat: quæ non item alii rei debeatur, sed alias personæ, alias alii rei. Genera servitutum, quæ in rebus consistant, plura non esse; & vulgaris divisio hic notata.

Nexus, atque ordo, rerumque partitio. I. *Servitutum duo genera; & quæ. Utriusque generis accurata definitio.* II. *De servitutis hoc aut illo genere, ex re cui debetur, æstimandum.* III. *Divisio servitutum veteribus solemnis.* IV. *Accursii partitio accurate refellitur.* V.

I. Re cognita, de qua quærimus, de jure rei videndum est. Quod hic quæritur, ejusmodi est. Diximus servitutes seu servitutum jura etiam nobis in alieno haberi. Id agitur, ut si qua istius generis servitus nostra est, ea recte habeatur, & eam jure nobis tueri liceat. Servitus ita nostra est, si & jure nobis quæsita sit in alieno; quæsita, nondum amissa. Hanc autem tuemur, uti natura & constitutio cujusque desiderat, & tuemur opportunis remediis ad eam rem constitutis. De his quæritur. Quamobrem de servitutis jure, ut de cæteris rebus nostris, tres sunt quæstiones: Quomodo nobis acquiratur; Quæsita quid contineat, & quomodo conservetur; tum Quomodo amittatur. De his non idem jus est in omni servitute. Variantur ista pro genere servitutis. Ideo de his ex genere servitutis judicandum. Hinc servitutum divisio, cujus usus hic ab initio: ut, generibus servitutum propositis, tum deinde ex unoquoque de servitutis acquisitione, jure, amissione statuatur. Quem ordinem recte servatum videmus in Pandectis in hoc argumento, & ad eum accommodatam esse omnem servitutum tractationem.

II. Servitutum duo [1] sunt genera. Quædam sunt personarum, quædam rerum servitutes. Divisio tradita in *L. 1. D. de servit.* personarum servitutes dicuntur, quæ personæ debentur: Rerum, quæ debentur rei: & quoniam non possunt esse rerum: nisi sint prædiorum; ideo dicuntur rerum servitutes, quæ in prædio constitutæ debentur prædio. Sic est Papiniani definitio in *L. unus, D. de servit. rustic. prædior.* Cui congruit illa descriptio Ulpiani, cum personarum servitutes ita demonstrat, ut eas dicat, quæ personis dantur: rerum seu prædiorum ita, ut vocet eas, quæ dantur prædiis. *L. 1. §. permittitur, D. de aq. quot. & æst.*

III. Hæc definitio eo pertinet, ut intelligamus, cum quæritur, utrum servitus sit personæ, an rei sive prædii; æstimandum esse non [2] ex re, quæ debet servitutem, sed ex ea, cui debetur servitus. Rem, quæ debet, si spectamus, omnes servitutes tam personarum, quam rerum & prædiorum sunt unius generis. Omnes enim sunt in re aliena, nam & u[sufru]ctus & usus, quæ sunt personarum se[rv]itutes, ejusmodi sunt. *L. 1. D. de usufr. L. 1. D. de usu & hab.* Constituuntur hæc in rebus alienis mobilibus, sed maxime & in prædiis, ut fundo & ædibus, non minus quam prædiorum servitutes. §. *constituitur, Inst. de usufr. L. 2. & deinceps, D. de usu & hab.* Omnes quoque servitutes in re, in qua consistunt, pariter rei cohærent, & eam sequuntur, atque una earum rerum possessores. Servitus prædii prædio alienato sequitur prædium. *L. via, §. si fundus, L. cum fundo, D. de servit.*

1) Addit Bodin. in *Distrib. jur. univ. p.* 18. 3. speciem Mistam, alio tamen sensu quam quo DD. Nam tales esse vult Operas, Homagium pro feudo, & Redditus prædiis impositos. Quas non esse servitutes ex *C. præc.* facile convincitur.

2) Vult. in *pr. I. de serv. n.* S. Omnes quidem omnino res, nec tantum servitutes, personarum caussa comparatæ, & quidem principaliter *L. 2. de stat. hom. L.* 28. §. 1. *de Usur.* Sed distinguit personales a realibus, quia illæ cum persona exstinguuntur, hæ secus, sed res ipsas comitentur. Vitel. 2. *Var. Lect.* 1. *n.* 6. Tobias Paurmeist. *Id.* 1. *de Jurisd. C.* 28. *n.* 5. Rerum Servitutes dici, non quod a prædio dominante habeatur & possideatur, sed quia non debetur nisi a domino prædii cui imposita. Sicuti in simili actio realis, non quasi detur adversus rem: sed quia contra personam, non ob obligationem: verum quia possidet rem istam.

Digitized by Google

servit. rustic. prædior. Eodem modo usufructus atque usus sequitur rem alienatam, in qua prius hæ servitutes fuerint constitutæ. *d. L. neque D. quib. mod. ususfr. amitt.* Sciamus igitur, cum servitutes dicuntur esse personarum aut rerum, non hoc significari servitutes esse in personis aut rebus: cum ab ea re, quæ servitutem debet, omnes sint in rebus alienis, & hactenus omnes sint rerum: sed ab ea re, cui servitus debetur, esse hanc distinctionem, ut quoniam aliæ personarum caussa constitutæ sunt; aliæ rerum, atque his debentur: inde illæ dicantur esse personarum: hæ rerum. Argumento certissimo erunt illæ aliæ formulæ veterum tam multæ, quibus hanc divisionem expresserunt. Nam quæ a Marciano dicuntur personarum aut rerum servitutes plurali numero in *d. L.* 1. *de servit.* hæ ab aliis fere appellantur numero singulari aliis in locis, ut aliæ dicantur esse personæ, aliæ prædii, ut in *L. si quis unas*; 32. *D. de usufr.* aut aliter, quædam in personam esse, quædam in rem, ut in *L. Cajus, D. de ann. leg.* & eodem sensu, quædam esse hominis, quædam prædii, ut in *L. si mihi eodem*, in fin. *D. de serv. rust. præd.* Quæ omnia declarant personarum aut rerum servitutes non dici, quia sint utrinque in personis, aut utrinque in rebus: sed quia sint unius personæ, aut unius prædii, quod dici non potest, nisi de ea sive persona, sive prædio, cui debeatur servitus, & in cujus velut jure servitus habeatur.

IV. Genera servitutum veteribus cognita non plura, quam hæc duo, ut superiores divisiones clare probant.

V. Non recte vero [3] Accursius, qui hanc divisionem ve[illegible] juris velut suggillans duo genera a[illegible]ecit ad *L.* 1. *D. de servit.* & eam, quæ nostris servitus personarum dicitur, mistam appellavit. Sic autem illi divisio instituitur, quam & sequitur vulgus interpretum, ut servitutum quædam sit mere personalis, quædam mere realis, quædam mista; & hæc mista rursum duplex: una, cum servitus a re debetur personæ: altera, cum a persona debetur rei. Mere personalem vocat, quæ utrinque in personis est, ut debeatur a persona personæ. Ea est autem hominum servitus, de qua in *L.* 4. *D. de stat. hom.* & de qua in jure personarum diximus. Mere realem eam dicit, quæ utrinque consistit in rebus, ut & res sit, quæ debet, & res ea, cui debetur. Quam juris auctores servitutem rerum vocant, & servitutem prædiorum. Mistam nominat, in qua intervenit res & persona, ut vel res servitutem debeat personæ, vel persona rei, quas hujus generis species duas statuit. Quæ multis modis vitiosa & fugienda divisio est, cujus vitia paucis indicabo, ne nos quoque illa eodem errore involvant.

VI. Primum vitium est, quod adsciscitur in hanc divisionem servitus hominum, qua illi dominis suis servitutem serviunt. Sane vero hæc servitus est, & vere servitus: sed, ut admonui *Cap. superiore*, non ea, quæ cum his, de quibus nunc agimus, possit eidem generi subjici. Ostendi enim aliter dici servitutem in hominibus servis nostris; aliter eam quæ est in rebus cæteris alienis. Quod cum ita sit: fit, quod res declarat, & eodem loco adjeci, ut servitutem in has species dividere, hominum sit naturalem legem rectæ divisionis ignorantium. Nam species alicui generi subjectæ non possunt esse species, nisi unius generis; unius dico, quod sit re unum genus, non nomine dumtaxat. Denique non magis servitus [4] dividi potest in eam, quæ est servorum hominum, & eam quæ debetur a rebus alienis, quam taurus ita dividi, ut dicatur alius esse animal; alius sydus, alius mons in Thessalia hoc nomine. Dicuntur quidem omnes isti tauri: sed non in eadem re, non eadem significatione, quæ res facit, ut non sint species unius generis, quod vocetur taurus, etsi omnes eodem nomine appellentur. Facere igitur oportuit, quod supra fecimus, monere videlicet servitutis verbum esse ambiguum: servitutem in hominibus suo quodam modo dici eam conditionem, qua homines sunt servi, & eam esse unius generis, §. *ult. Inst. de jur. pers.* Alio modo servitutem dicere nos in rebus alienis, de qua nunc agimus in jure rerum privatarum. Hujus autem juris sive servitutis duo genera illa esse, quæ supra diximus, & hæc quidem sola. Alterum vitium est, quod Accursius mistam servitutem vocat eam, quam nostri servitutem personarum, quia in hoc genere constituendo illinc res intervenit, quæ servitutem debet; hinc persona, cui debetur.

3) Bart. *ibid.* quam divisionem probat Barth. Cæpolla de *Serv. urb. C.* 1. & *C.* 3.

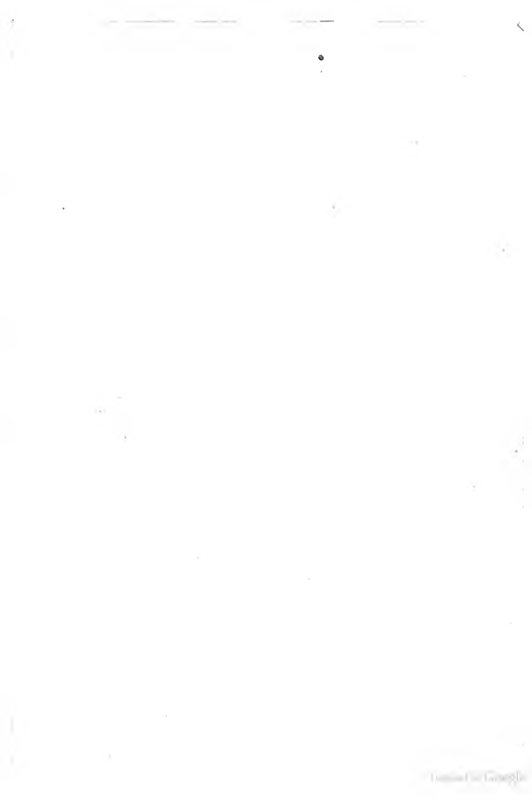
4) Ita & Duar. *ad Rub. D. h. t.* Et eamdem divisionem reprobat Vital. 2. *Var. Lect.* 1. Ac inepte, scribit, DD. e traditionibus Jurisconsultorum recessisse, qui, quas illi mistas, personales vocant. Licet autem & alieni servi possit esse ususfructus, tamen nec hic servitus debita personæ e persona, quæ servi jure Civili nulla, sed rerum appellatione venit. Vid. & de hac divisione Gomez. 2. *resol.* 15. n. 1.

tur. Nullæ enim servitutes mistæ dicendæ sunt, sive in servitute spectemus conjunctim res duas, ex quibus servitus consistit, sive spectemus per se singulas. Ambas quidem permistim hic spectare non possumus, nec debemus. Alioqui isto modo liceat dicere etiam prædiorum servitutes esse mistas, quia constant ex duabus rebus numero diversis, quarum una servitutem debeat, alteri debeatur. Quod Accursius neque dicit, neque sentit. Res autem, ex quibus servitus consistit, separatim spectantibus, ne sic quidem servitus mista dici potest. Sic enim mistam dici oporteret, aut in qua mistim res & persona servitutem deberet, aut in qua mistim personæ & rei servitus deberetur. Quorum neutrum dici potest. Nam a qua parte servitus debetur, una tantum res est, quæ servitutem debet, non etiam mistim res & persona, quæ debeat. Cui antem parti debetur servitus, quæ dicitur personæ, in ea una est persona, non mistim persona & res, cui servitus debeatur. Nullo igitur servitus mista dici potest. Jam & illud tertium per se falsum, quod servitutis illius suæ mistæ speciem facit, ut & persona servitutem debeat rei: quod fieri ostendit, cum dominus servum suum manumisit ea lege, ne a monumento suo recederet, aut ut in illa civitate domicilium haberet. Placet quidem in liberto jussum testatoris servandum. *L. Mævia*, *D. de manumis. test. L. Titio*, 71. §. 2. *D. de cond. & demonstrat.* & præterea his rebus infringi jus libertatis, si quis parcat, cum res ipsa docet, tum Papinianus scribit in *d. L. Titio*, §. 2. Sed non ideo his rebus constituitur ulla servitus: constituitur tantum obligatio personalis, qua libertus ad superiora officia præstanda obligatur. Exitus obligationis hic, ut nisi libertus præstet, quod debeat ex testamento, condemnetur in id, quod heredis interest, ut fit in obligationibus faciendi omnibus. *L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re jud.* In quo compotabuntur sumptus, quos heres coactus est facere, dum alios adhibet, qui idem facerent, quod libertus debuit. Fortasse etiam extra ordinem cogi poterit a magistratu libertus, ut id faciat, indicta multa. Nam hoc magistratus remedium est ad cogendum *L. 1. §. ex hoc rescripto*, *D. de inspic. ven.* In similibus autem petitionibus testatoris dum petit, ut legatarius quid faciat, quod pecunia non potest recte æstimari, legimus isto modo legatarium extra ordinem ad faciendum cogi, ut cum rogatus est filios suos emancipare. *L. si cui legatum*, *D. de condict. & demonstrat.* Cæterum superiore jussu aut obligatione nullam servitutem induci, sic facile colligi potest: Aut enim erit hæc servitus in persona, ut persona, id est, ea servitus qua fiunt homines servi: aut erit in re, ut in re qualis est ea, qua res quæque servire dicitur. Nulla hic servitus in persona. Convenit enim eum, a quo testator illud petiit, nihilominus libertatem consequi, & liberum manere, sive jussui pareat, sive non pareat. *d. L. Mævia*, *de manumiss. test.* Non est in re, quia si verum est exceptis servis nulli rem suam servire, ut ante dixi; non poterit cæteris in rebus esse servitus, nisi in re aliena. Liber autem homo non potest dici alienus, qui non est in dominio aut bonis cujusquam. *L. inter*, *§. sacram*, illic, *nam de his*, *D. de verb. obl.* §. 1. *Inst. de inut. stip.* Ne quis nobis hic objiciat adscripticios, qui addicti certo prædio inde se movere non possunt, sed ibi opus facere coguntur, & quodammodo ejus prædii para sunt. *L. quemadmodum*, *C. de agrigol. & cens.* *Lib.* 1. Nam adscripticii servi sunt, ut docuimus supra *Li* [illegible] *ap.* 9. Proinde hi, qui, ubicumque [illegible], & cuicumque operi destinati, domino suo serviant, ejus jussum & imperium sequentes. Stet igitur divisio veterum, ut servitum, quæ habeantur in alienis rebus, genera sint hæc duo, neque plura, ut quædam sint personæ; quædam rei seu prædii.

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

